

Il caso di Julian Assange. È giusto incriminare e per cosa? Quando informare il pubblico a tutela della democrazia si trasforma in attacco ostile*

di Enrico Zucca

sostituto procuratore generale, Corte d'Appello di Genova

La decisione di estradare Julian Assange negli Stati Uniti, seguita al vaglio della Magistratura che non ha ravvisato alcuna condizione ostativa alla consegna, è il previsto epilogo di un caso complesso che affronta il tema dei limiti alla libertà di informazione nel suo aspetto più importante, l'esposizione degli abusi dei governi per consentire l'esercizio della critica e del dissenso. È anche l'occasione per verificare i limiti alla repressione penale, quando è motivata dall'interesse dello Stato alla sua difesa e integrità, per la cui tutela si impongono vincoli di segretezza alle informazioni. Per aver diffuso documenti riservati che hanno rivelato i crimini inconfessabili della democrazia, l'azione penale contro Assange, attraverso strumenti giuridici che richiamano anche letteralmente il diritto penale del nemico, è diretta a reprimere comportamenti che sono il pane quotidiano del giornalismo, con evidenti effetti di deterrenza per iniziative che oltrepassino i limiti di compatibilità fissati dai governi. La vicenda espone anche il volto brutale di un sistema penale che non esita a ricorrere a trattamenti inumani e degradanti, nel nome di quella stessa democrazia che garantisce sempre più selettivamente i diritti proclamati come universali.

Concludendo una lunga istruttoria per il vaglio della richiesta di estradizione proveniente dagli Stati Uniti nei confronti di Julian Assange, la Giudice distrettuale Vanessa Baraitser, della Magistrate's Court di Londra, pur rigettando tutte le numerose obiezioni difensive che contestavano, fra l'altro, la strumentalità politica del perseguimento penale di Assange e la possibilità di avere un processo equo negli USA, ne aveva tuttavia negato la consegna per il solo motivo che l'extradizione sarebbe risultata troppo gravosa (*oppressive*) secondo la legge inglese, a causa delle sue attuali condizioni di salute, incompatibili con il trattamento carcerario che gli sarebbe stato sicuramente riservato (una sorta di 41 bis)¹. La decisione si fondava dunque su due circostanze obiettive: da un lato, lo stato di salute psichica del soggetto, deteriorata dalla sostanziale privazione di libertà cui era stato costretto negli ultimi anni (compreso il periodo di rifugio forzato dal 2012 al 2019 nell'ambasciata ecuadoriana) e che aveva prodotto un forte rischio suicidiario; d'altro lato, il concreto funzionamento del sistema repressivo penale negli USA, una situazione strutturale che, al di là del suo rilievo nel caso concreto, continua a peggiorare nonostante la sua intollerabilità². Poteva sembrare una soluzione compromissoria di fronte alla sfida che poneva la discussione sugli altri principi invocati, ma certo era la via per porre subito fine ad un lungo calvario che è già una severa pena scontata, da presunto innocente, a dirla tutta. Non è bastata. In appello la decisione è stata immediatamente ribaltata. L'High Court, con il Lord Chief Justice, la massima autorità giudiziaria, ha dato rilievo alle assicurazioni diplomatiche fornite successivamente dagli Stati Uniti, in base alle quali il duro trattamento penitenziario paventato sarebbe stato escluso. Gli atti sono ritornati così al primo Giudice che, uniformandosi al *dictum*, il 20 aprile 2022 ha dichiarato la legittimità della richiesta. Il Ministro dell'Interno, nella successiva fase riservata all'autorità politica, ha così deciso per l'extradizione. Un epilogo cui sarà difficile porre rimedio con la residua possibilità di appello, ancora a disposizione di Assange sulle altre questioni sollevate e disattese e, in effetti, presentato da pochi giorni, oltre alla possibilità di ricorso alla Corte di Strasburgo, esauriti i rimedi interni. Il calvario,

* L'articolo si ricollega al dibattito svoltosi a cura della fondazione Lelio Basso il 25 marzo 22, fra le prime iniziative a sostegno di Assange.

¹ Qui le motivazioni della pronuncia: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/01/USA-v-Assange-judgment-040121.pdf>

² Le spaventose condizioni detentive nel paese della incarcerazione di massa, sovraffollamento, alta percentuale di detenuti con sofferenze e patologie mentali, abnorme ricorso all'isolamento prolungato, maltrattamenti, sono ormai oggetto di attenzione e denuncia su larga scala. V. una recente selezione di articoli sul tema: America's Incarceration Crisis, a cura del The New Yorker, 18 novembre 2018 <https://www.newyorker.com/books/double-take/sunday-reading-americas-incarceration-crisis>

dunque, continua e così intanto il mantenimento dell'attuale custodia cautelare nel carcere di massima sicurezza londinese di Belmarsh.

C'è una sottostante premessa che sola spiega le particolarità che hanno contraddistinto lo sforzo caparbio per assicurare la cattura e la consegna di Assange, vale a dire che si tratta di persona pericolosa che ha commesso reati di incommensurabile gravità. Una sorta di terrorista, una spia o un traditore³. Un'altra lettura del caso, all'opposto, fa del sostegno alle ragioni di Assange una battaglia di libertà, che va oltre la sua persona e che rivela come il pericolo da lui rappresentato è quello di aver svelato crimini di ben maggiore gravità, rimasti invece totalmente impuniti, ma che si è preteso che restassero sconosciuti. Questo spiega il sostegno delle organizzazioni internazionali a difesa dei diritti umani, dagli organismi dell'ONU contro la Tortura, a quelli del Consiglio d'Europa, dei giornalisti, degli intellettuali. Le iniziative dirette a sensibilizzare l'opinione pubblica, fra cui si distingue la costante denuncia di Amnesty International, comprendono appelli sottoscritti da parlamentari italiani ed europei, da rappresentanti del mondo della cultura e del giornalismo. Più si consumano le *chances* di ritornare sulla decisione, più si fa pressante l'esigenza di una mobilitazione per denunciare il pericolo che si consolidino gli effetti d'una iniziativa repressiva che appare ora diretta a intimorire chiunque si azzardi a ulteriori rivelazioni degli abusi del potere.

Fra le prime iniziative di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, il 25 marzo scorso, la Fondazione Basso ha organizzato e ospitato un dibattito, proprio all'esito del diniego alla trattazione del ricorso di Assange alla Corte Suprema inglese, che non ha ravvisato nelle critiche difensive alla pronuncia dell'High Court un punto di diritto di interesse generale in grado di consentire il suo intervento⁴.

Le note che seguono sono una rielaborazione dell'intervento effettuato dal sottoscritto in quell'incontro, non prima di aver ricordato il contributo degli altri partecipanti, che hanno esposto i temi più significativi che il caso solleva e lo hanno fatto non all'ultima ora, ma perché da tempo impegnati, da attivisti, da giornalisti, da intellettuali nella stessa battaglia per la trasparenza che è sottostante all'azione di Assange, indipendentemente dalla circostanza che si vogliono condividere i metodi o le concrete modalità di quest'ultima o qualunque opinione si possa avere sulla persona. Nell'occasione era presente anche John Shipton, padre di Julian Assange. Con grande passione ha fatto riferimento alla "magnifica creazione" delle Carte dei Diritti e delle Convenzioni a tutela dei diritti umani, dopo la catastrofe della Seconda Guerra Mondiale, una architettura che rischia di crollare proprio con questo caso, che dimostra invece come gli Stati abbiano sostituito il diritto con il bene comune, deciso non più dalla legge, ma dalla loro convenienza. Di qui l'importanza di ritornare a ricostruire le relazioni tra gli Stati tra loro e tra i cittadini nell'ambito delle regole del diritto.

È quindi seguita la discussione, coordinata da Giovanni Iorio Iannoli, professore presso la Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Tor Vergata di Roma. Così Sara Chessa, giornalista per Independent Australia e ricercatrice per Bridges for Media Freedom, organizzazione impegnata nell'ambito dei diritti umani e della difesa della libertà di informazione e di pensiero, ha messo in evidenza come la reazione governativa contro Assange sia stata portata avanti ad ogni costo e con spregiudicatezza. L'esempio eclatante è costituito dalla spedizione investigativa non autorizzata di agenti dell'FBI in Islanda, asseritamente per proteggere quello stato da attacchi informatici, poi smascherata nel suo reale obiettivo dal ministro dell'interno islandese, che ebbe la fermezza di impedirne la prosecuzione. L'azione di demolizione dell'immagine dello stesso Assange, perseguita con tenacia anche nelle udienze dell'extradizione nel tentativo di distinguerlo dai giornalisti, è stata la base su cui poggiano le incriminazioni. Stefania Maurizi è autrice del maggior contributo di informazione sulla persecuzione di Assange con il suo libro ancora di recente premiato (*Il potere segreto. Perché vogliono distruggere Julian Assange e Wikileaks*, ed. Chiarelettere, 2021); non solo è osservatrice, ma testimone protagonista, non a caso la sua deposizione giurata compare negli atti del procedimento estradizionale. Ha fatto riferimento alle novità sul piano giornalistico introdotte da Wikileaks, innanzitutto nella capacità tecnica di copertura delle fonti attraverso la crittografia,

³ La definizione di "high tech terrorist" è già usata dall'allora vicepresidente Biden nel dicembre del 2010, anche in dissonanza rispetto al più morbido approccio che caratterizzava inizialmente l'amministrazione Obama. <https://www.theguardian.com/media/2010/dec/19/assange-high-tech-terrorist-biden>

⁴ v. al sito: <https://www.fondazionebasso.it/2015/online-25-iii-2022-diritti-informazione-e-democrazia-il-caso-assange/>

ora utilizzata anche dalle grandi testate, un elemento che l'aveva portata alla ricerca e poi alla effettiva collaborazione con l'organizzazione e con Assange. Da giornalista all'epoca dell'Espresso e di Repubblica ha potuto pubblicare il materiale documentale offerto da Wikileaks, un materiale che è stato oggetto di studio integrale, senza che vi fosse alcuna conseguenza per lei. Il contrasto fra l'iniziativa giudiziaria intentata solo contro Assange e l'enorme rilevanza e l'interesse pubblico dei contenuti del materiale portato a conoscenza dalla sua azione non può essere più eclatante e ingiustificato. Sono i tempi della pubblicazione delle informazioni che dicono tutto e la determinazione di Assange nel non scendere a compromessi fa la differenza. Maurizi ricorda come l'informazione fosse dopo l'11 settembre 2001 del tutto prostrata alle asserite esigenze di eserciti, servizi e di come per oltre 13 anni la stampa *mainstream* cercasse di evitare anche solo di usare la parola "tortura"⁵. Cinzia Sciuto, caporedattrice di Micromega, porta la riflessione sulla natura del potere, intrinsecamente antidemocratico e del segreto che usa per mantenersi. Lo stato della democrazia è quello di una permanente tensione che la fa apparire fragile. Nelle democrazie, infatti, si commettono gli abusi come nelle autocrazie, ma ne sono la contraddizione e quando sono svelati riescono a scuotere l'indignazione dell'opinione pubblica. Non è vero che tutto si decide nelle alte sfere, finché l'opinione pubblica è in grado di percepire lo scandalo che si consuma. Proprio dai documenti di *Wikileaks* emerge che i governi e i servizi segreti si preoccupano moltissimo di come le opinioni pubbliche reagiscono per esempio alle guerre. I governi sono dunque molto consapevoli del grande potere dei senza potere. È un richiamo alla mobilitazione e alla sensibilizzazione sul caso che è l'obiettivo della attività di cui sono protagonisti gli altri partecipanti al dibattito. Primo fra tutti Gianni Marilotti, Senatore del gruppo Pd, presidente della Commissione Archivio e Biblioteca del Senato, che si è distinto per le iniziative dirette alla declassificazione di molti documenti di inchiesta parlamentare, nell'ambito di un programma per il diritto alla conoscenza. Sua l'iniziativa al Consiglio d'Europa che ha portato alla approvazione nell'ambito della discussione del Rapporto sulla libertà di informazione di uno specifico emendamento a favore della liberazione di Assange. Francesco Masala, di Osservatorio Repressione, incentra la sua analisi sulla reazione imposta dagli interessi del complesso militare industriale che guidano l'azione a livello mondiale degli Stati Uniti e infine la conclusione e l'accorato appello di Vincenzo Vita all'impegno per la liberazione di Assange : il suo caso non deve essere una prova generale, perché possa toccare in seguito ad altri.

Negli ultimi giorni, nelle ultime ore, si succedono le iniziative di dibattito come questa descritta, di sostegno e di richieste alle istituzioni, agli stessi governi interessati perché non si compia quella che non può essere che concepita come un'ingiustizia a capovolgimento di una realtà diversa. L'Ordine Nazionale di Giornalisti ha deciso di conferire la tessera onoraria ad Assange, un gesto che simbolicamente, ma forse tardivamente, rimuove l'ambiguità del contegno di gran parte delle organizzazioni giornalistiche istituzionali che hanno oscillato tra il distacco, il distinguo o la contrapposizione con l'attività di informazione svolta da *Wikileaks*. È bene che siano i giornalisti italiani a compiere questi gesti, in un contesto dove il giornalismo vive fin troppo adagiato ai soli leaks del potere.

Il caso di Julian Assange fornisce occasione speciale per considerare anche alcune questioni di interesse giuridico, per quanto connesse agli aspetti più di natura politico istituzionale che giudiziaria, una caratteristica che ben emerge proprio nel procedimento estradizionale dove alla magistratura è affidato un controllo di legittimità, ma che è risolto in ultima istanza dal governo, cui normalmente spetta autonoma decisione dopo quel vaglio.

Tre grandi temi meritano riflessione e approfondimento.

⁵ C'è un sicuro riscontro a questa affermazione: secondo uno studio della Harvard Joan Shorenstein Center on the Press, Politics and Public Policy il New York Times e il Los Angeles cambiarono drasticamente il loro riferimento al *waterboarding* dopo l'11 settembre, smettendo di chiamarlo tortura dopo circa un secolo in cui lo avevano definito così. https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4420886/torture_at_times_hks_students.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Sull'uso esplicito di termine in un contesto di opinione o nella cronaca, a fronte della posizione governativa legittimante le pratiche di tortura nell'era Bush v. Arthur S. Brisbane, The Other Torture Debate, in New York Times, 14 maggio 2011, <https://www.nytimes.com/2011/05/15/opinion/15pubed.html?searchResultPosition=1>

In primo luogo, conviene soffermarsi sulla decisione stessa di perseguire penalmente le condotte di Assange, in un intreccio di discrezionalità dell'azione, come si dispiega in un sistema retto non dal principio di legalità, ma da quello di opportunità, che negli Stati Uniti in particolare assume una latitudine senza controllo, con la scelta di utilizzare fattispecie penali a loro volta ad alta discrezionalità interpretativa.

Ora, nel caso Assange la storia della sua incriminazione rivela l'alternarsi di diverse politiche repressive in merito alla pubblicazione di documenti riservati. Lo scompiglio creato con la prima massa di documenti diffusi attraverso il sito Wikileaks dall'aprile 2010 (i cc.dd. *war logs*, 391. 832 documenti riservati sulla guerra in Iraq, oltre 77.000 documenti sulla guerra in Afghanistan e, ancora, 250.000 dispacci diplomatici, 800 schede informative sui detenuti a Guantanamo) se lasciava pochi dubbi sulla volontà di reagire e perseguire Assange, molti ne suscitava invece sulle concrete modalità che si sarebbero prescelte. Bradley (ora Chelsea) Manning, analista militare di stanza in Iraq, la fonte principale del colossale *leaking*, già nel maggio 2010 era stata arrestata sul campo, poi processata dopo essere stata a lungo detenuta ed anche sottoposta ad abusi, infine condannata nel 2013 da una corte militare alla pena severa di 35 anni di reclusione, sia pur condonata dopo sette anni dal Presidente Obama. In quel processo aveva ammesso di aver avuto contatti con Wikileaks e probabilmente con Assange, sostenendo tuttavia di aver agito di propria iniziativa. Tanto bastava per far presumere un inevitabile seguito dell'indagine e analoga durezza nell'intento repressivo anche nei confronti dello stesso Assange. Non può tuttavia negarsi, in una prima fase, l'esitazione ad incriminare non solo la fonte interna, dipendente dell'amministrazione con accesso alle informazioni, il *whistleblower*, ma anche il terzo destinatario della rivelazione dei documenti riservati, che li riceve e poi li diffonde al pubblico con finalità di informazione.

Dallo stallo si è usciti con una determinazione sempre più aggressiva, con il chiaro obiettivo di mirare, attraverso una nutrita serie di imputazioni, a sanzioni pesanti in funzione di deterrenza, non senza aspetti ritorsivi. La progressione è palese nella successione dei diversi titoli posti alla base dell'estradizione ⁶. A una prima richiesta basata sull'unica accusa di un accordo criminoso (*conspiracy*), tra Assange e la sua fonte, diretto a commettere il reato di intrusione in un sistema informatico, per consentire la sottrazione di documenti classificati dagli archivi dell'esercito, si sono succedute due diverse formulazioni delle accuse che sono descritte in altri diciassette capi di imputazione. L'accordo e la complicità con Manning (o altri hackers) investono non più solo l'intrusione abusiva nei sistemi informatici, ma anche le distinte condotte di ricezione e successiva diffusione dei documenti trafugati, classificati con vari livelli di segretezza per ragioni di difesa nazionale. Tutto ciò, si sostiene, nell'asserita consapevolezza che la fuga di notizie avrebbe comportato un danno agli Stati Uniti. Non solo, svelandone l'identità, si sarebbe esposta a rischio l'incolumità di persone indicate nei documenti riservati come fonti di intelligence nelle zone di guerra, fornendo quindi un aiuto al nemico ⁷.

Appare innegabile il punto di svolta: dapprima Assange è ricercato per un reato comune senza diretto riferimento alla sua attività di pubblicazione con Wikileaks. L'originaria accusa si limita infatti a sostenere un accordo per l'utilizzo abusivo del sistema informatico cui la fonte aveva accesso, ma con modalità che ne assicurassero la copertura, attività informatica che si sostiene necessitasse di competenze tecniche in possesso del solo Assange. Poco verosimile che, dopo oltre sette anni di indagine, si richieda uno sforzo di cooperazione internazionale per questa semplice accusa che, infatti, si rivela un'esca. In realtà, come appare successivamente, è l'attività di pubblicazione il vero fuoco della contestazione con le ulteriori accuse di complicità in un globale accordo criminoso per il trafugamento dei documenti riservati e la loro divulgazione. La via che apre alle più consistenti contestazioni passa innanzitutto per la dimostrazione del ruolo attivo avuto da Assange con la sua

⁶ Cfr. la cronologia delle contestazioni e il loro contenuto nella pronuncia della Giudice, cit. supra nota 1 alle pagg. 3-15

⁷ Qui occorre da subito rammentare che nel processo a Chelsea Manning, nei cui confronti in uno spettacolare *overcharging* sono stati contestati reati comuni e militari, è stato contestato anche il reato di "aiuto al nemico", previsto dall'art. 104 del codice militare, comportante la pena dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale, ma per questo addebito è intervenuta assoluzione. Si tratta di una circostanza che, nel merito, evidenzia la forzatura delle incriminazioni ad Assange, sotto il profilo dell'asserito danno reale cagionato dalla rivelazione illecita.

fonte, cioè un ruolo concorsuale, di istigazione e agevolazione alla acquisizione illecita delle notizie riservate, secondo un preventivo accordo consacrato. Questo ruolo colora anche le successive attività, autonomamente sanzionate, di ricezione e diffusione del materiale. Muta, da un lato, la prospettiva sanzionatoria, da una pena massima di 5 anni per il solo reato informatico a una pena di 10 anni per ciascuna delle altre imputazioni, quindi per il limite edittale complessivo di 175 anni⁸. D'altro lato, si rompe con la tradizionale prassi di incriminazione, in casi simili, del solo agente statale, cui si può addebitare la violazione del dovere di fiducia e di segretezza della funzione, tenendo separata da questa condotta quelle successive della ricezione e pubblicazione delle informazioni, che riguardano i media destinatari naturali della fuga di notizie. Gli effetti del nuovo approccio vanno oltre il caso singolo e sono ben stati intesi in questa portata, suscitando giustificata preoccupazione. La ricezione dei documenti riservati, spesso non solo passiva, ma sollecitata e la loro diffusione al pubblico ed anche la protezione della anonimità della fonte, sono infatti il cuore dell'attività del giornalismo investigativo, il cui esercizio rischia di essere ostacolato e scoraggiato dalla esposizione alla minaccia della sanzione penale, con conseguente compressione del circuito democratico dell'informazione e del dibattito pubblico⁹.

L'effetto intimidatorio è amplificato dalla qualificazione delle condotte secondo alcune fattispecie previste dall'*Espionage Act*, una legge, emanata nel 1917, all'ingresso degli Stati Uniti nella Prima Guerra mondiale, fino ad epoca recente considerata un relitto per la sua rara precedente applicazione. La denominazione, del resto, dice già tutto in merito al fenomeno tipico che avrebbe dovuto contrastare, almeno nella intenzione del legislatore, a voler essere "originalisti".

Si tratta delle fattispecie ora incluse nel Codice federale degli Stati Uniti all'art. 18, sezione 723 sub **b) c) d) ed e)**, nel testo vigente, la cui ultima modifica risale al 1950. Nella sostanza, la sottosezione **b)** qualifica come condotta di reato la raccolta o la copia di informazioni sulla difesa nazionale, comunque contenute in supporti materiali o altrimenti veicolate; la sottosezione **c)** vieta la loro ricezione se il destinatario è consapevole che sono state ottenute in modalità abusiva; le sottosezioni **d)** ed **e)** incriminano rispettivamente la loro trasmissione o comunicazione a persone non autorizzate da parte di chi ne ha legittimo il possesso o la gestione ovvero da parte del possessore a sua volta abusivo¹⁰. Autonomamente incriminato è l'accordo per commettere ognuna di queste condotte di reato. Sono tutte fattispecie che descrivono condotte, talora con margine di sovrapposizione, la cui portata appare molto ampia e con un basso tasso di determinatezza, in primo luogo nella stessa definizione della categoria delle informazioni che costituiscono l'oggetto di illegale acquisizione, ovvero trasmissione o diffusione parimenti illegali. La norma le definisce, con diverse locuzioni generiche, come informazioni sulla sicurezza nazionale ("*information respecting the national defense*", "*relating to the national defense*", "*anything connected to the national defense*") e in modo altrettanto ampio e alternativo configura l'elemento soggettivo dell'agente. L'azione è dolosa (*wilful*), talora nella forma diretta, ma nella maggior parte delle previsioni nella forma indiretta o eventuale, non richiedendosi, come in altra simile fattispecie non contestata ad Assange, lo specifico fine di recare danno agli Stati Uniti o vantaggio a una nazione straniera. E' necessaria, nel caso della sottosezione **b)**, l'intenzione, ma anche sufficiente la consapevolezza o la ragionevole previsione (i.e. "*with intent or reason to believe*") che la provalazione o disseminazione di tali informazioni sia di danno per gli Stati Uniti o a vantaggio di una nazione straniera ("*... that information is to be used to the injury of the United States or to the advantage of any foreign*").

⁸ Nel sistema processuale degli Stati Uniti la moltiplicazione delle imputazioni, nell'assoluto dominio del procuratore, ha notevole impatto per la possibilità del Giudice, nel calcolo della pena, di applicare il cumulo materiale anziché giuridico dei reati, così come disporre l'esecuzione in forma consecutiva anziché concorrente delle varie pene. Non è rara, pertanto, la condanna a pene che possono considerarsi un ergastolo di fatto. Pene "medievali", così sono definite pur in un contesto giuridico culturale anglosassone: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/may/10/priti-patel-julian-assange-us-extradition>

⁹ Che questo tipo di condotte siano quelle tipiche dei giornalisti è un dato pacifico non solo per gli interessati, che le hanno rivendicate come espressione del loro diritto alla ricerca e diffusione delle notizie e hanno immediatamente percepito la minaccia insita nelle incriminazioni nei confronti di Assange (v. <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/the-indictment-of-julian-assange-is-a-threat-to-journalism>), ma anche delle riflessioni dei giuristi, il diritto di raccogliere informazioni non può che essere collegato a quelle di diffonderle e quindi ricevere la stessa protezione costituzionale.

¹⁰ V. il testo integrale: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/793>

nation”...), danno o vantaggio anche potenziali (“...could be used...”), nel caso invece delle sottosezioni **d**) ed **e**). Fin dai primi più comprensivi ed elaborati commenti sulla formulazione normativa, si riconosce la sconcertante ambiguità della descrizione dell’elemento soggettivo, definita “camaleontica” o addirittura “misteriosa”¹¹.

La censura di scarsa tassatività di queste fattispecie, che le esporrebbe al giudizio di incostituzionalità, è stata tuttavia già affrontata e disattesa dalla giurisprudenza recente. Un riferimento obbligato è la pronuncia resa nel 2006 dal Giudice del Distretto est della Virginia (l’autorità giudiziaria con ogni probabilità competente anche per il giudizio di Assange) nel caso *United States v. Rosen*, significativo anche perché concernente la contestazione dell’*Espionage Act* nei confronti di attori non statali, privati cittadini e al di fuori di un contesto di spionaggio vero e proprio¹². La decisione sostiene che la generica dizione normativa che individua il tipo di informazioni la cui rivelazione è vietata, non circoscritta al solo ambito di difesa militare per quanto già chiarito da altri precedenti, è ragionevolmente determinabile e quindi resiste al vaglio di costituzionalità. In primo luogo, infatti, è richiesto sul piano oggettivo che l’informazione sia strettamente detenuta dal governo (*closely held*), in altre parole sia segretata o riservata e che inoltre vi sia il requisito della potenzialità del danno connesso alla rivelazione (che limita l’incriminazione solo alle rivelazioni di informazioni che il governo ha cogenti ragioni per mantenere riservate). In secondo luogo, è previsto un preciso requisito soggettivo di consapevolezza dolosa, (*scienter requirement*) cioè l’intento di provocare il danno o la previsione del pericolo di cagionarlo¹³. Neppure è vaga l’individuazione di coloro che non possono ricevere le informazioni riservate: sono tutti i soggetti al di fuori della cerchia di quelli autorizzati, secondo le varie forme di classificazione di riservatezza, sempre che la riservatezza sia imposta dalla potenzialità del danno. L’interpretazione offerta parrebbe restringere la portata applicativa delle norme entro ambiti più definiti anche in termini di offensività¹⁴. Con questa *judicial gloss* viene così delineata la struttura di fattispecie a tutela anticipata che, non richiedendo la verifica di un danno all’interesse protetto, si pone come reato di pericolo concreto, ancora una volta peraltro rimandando a un accertamento dai margini discrezionali. La pronuncia lascia dunque aperti problemi più di quanto non ne risolva¹⁵.

¹¹ Così Harold Edgar e Benno Schmidt Jr, nello studio fondamentale: *The Espionage Statutes and Publication of Defence Information*, in *Columbia Law Rev.* maggio 1973, Vol. 73, no.5, pag.1073. La confusione in cui è gettato l’interprete in parte deriva dalla riformulazione nel 1950 del testo originale del 1017. Mentre alcune delle previsioni relative ai requisiti dell’elemento soggettivo di colpevolezza sono esplicitate avendo chiaramente in mente personale all’interno della amministrazione, altre, che si richiamano implicitamente o esplicitamente a quei requisiti, si applicano anche ai comuni cittadini, senza che sia fatta alcuna distinzione (p.1021). L’incipit degli autori è già risolutivo: “Quando abbiamo rivolto l’attenzione al Codice degli Stati Uniti per scoprire cosa avesse fatto il legislatore, siamo stati assorbiti dallo sforzo di comprendere ciò che le attuali norme di legge sullo spionaggio impongono rispetto alla comunicazione e pubblicazione di informazioni sulla difesa. Più a lungo guardavamo, meno vedevamo. O l’avanzare della miopia aveva avuto il suo peso, o le norme resistono implacabilmente allo sforzo di comprensione” ivi pag. 930.

¹² *United States v. Rosenberg*, 445 F. Supp. 2d 602 (E. D. Va. 2006). <https://www.casemine.com/judgement/us/5914b4f6add7b0493476fb5f#p61> . Gli imputati erano lobbysti pro-Israele, accusati di aver coltivato relazioni con ufficiali federali, con accesso a informazioni sensibili, per poi trasmetterle a diverse persone, analisti di politica internazionale, a organi di stampa e a funzionari stranieri.

¹³ Come prevedevano Edgar e Schmidt Jr, *The Espionage Statutes* cit. pag. 974: “Come è frequentemente il caso, i giudici sono stati lasciati alle prese con una frase amorfa e, non sorprendentemente, i loro sforzi per trovare un significato hanno seguito il percorso dei lavori parlamentari. Incapaci di trovare limiti soddisfacenti inerenti agli stessi termini, I giudici hanno invocato i requisiti soggettivi della norma per evitare i problemi di indeterminatezza non compatibile con il giusto processo”.

¹⁴ I principi di diritto sono enunciati in una ordinanza preliminare che respinge le eccezioni difensive e le istanze che chiedevano la dismissal dell’accusa; il giudizio, tuttavia, non giunse al termine, avendo la procura abbandonato le accuse, asseritamente ritenendo troppo alto l’onere probatorio così esplicitato dal Giudice in merito alla consapevolezza del pericolo creato dalla rivelazione. Condannato invece, in separato giudizio, la sola fonte interna, il funzionario governativo, che ottenne una pena ridotta per la sua decisione di collaborare con gli inquirenti.

¹⁵ v. fin d’ora, in senso fortemente critico, il commento editoriale in *Harvard Law Review* 120, no. 3 (2007): 821 (https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/united_states_v_rosen.pdf). Il Giudice avrebbe infatti erroneamente generalizzato lo standard di determinatezza della norma, facendo riferimento a

E' da evidenziare che i casi di applicazione dell'Espionage Act, al di fuori delle ipotesi di spionaggio tradizionale, un paio negli ultimi cinquanta anni, sono tuttavia aumentati in modo considerevole durante l'amministrazione presidenziale di Obama (otto casi, più di tutte le precedenti amministrazioni insieme), che ha così apparentemente normalizzato l'uso di questa legge per reprimere la diffusione di notizie riservate, una prassi poi consolidata e incrementata anche dalla successiva amministrazione Trump e, finalmente, da quella attuale di Biden ¹⁶. La tendenza è spiegata con la volontà di porre argine ai sempre maggiori casi di rivelazioni da parte dei funzionari delle amministrazioni, che peraltro hanno portato sovente al disvelamento di pratiche illecite e di abusi di notevole rilievo, ma anche con la maggiore facilità di risalire alla fonte della fuga di notizie, che la tecnologia rende individuabile tramite le numerose tracce informatiche lasciate dai contatti fra i soggetti coinvolti¹⁷.

La mancanza di una legge generale che incrimina la violazione del segreto di ufficio, una caratteristica del sistema americano che dichiara di considerare prevalente il diritto del pubblico alla verità e trasparenza, ha costretto ad affrontare il problema della repressione del fenomeno all'interno di un quadro normativo estremamente frammentato e settoriale, che punisce la diffusione di specifiche informazioni riservate, sovente da parte di determinati soggetti, con disposizioni incoerenti e spesso sovrapponibili ¹⁸. Fra le disposizioni più usate compare ad esempio l'art. 18 U. S. C § 641 che punisce il furto o il trafugamento di "cose di valore" di proprietà governativa, ancora una volta una previsione ambigua che è stata ritenuta ricomprendere anche le informazioni riservate, contenute o meno in documenti. La norma non richiede né una categoria specifica di informazioni, né alcun elemento intenzionale specifico.¹⁹

Nelle mani dei procuratori, l'Espionage Act ha avuto peraltro la meglio, paradossalmente, ma non troppo. Qui il bene protetto appare assumere portata assorbente, la normativa mette infatti in campo la difesa e la sicurezza della nazione, che lasciano poco o nessuno spazio alla tutela di contro interessi che possono muovere le condotte. Con le sue diverse fattispecie, il cui tenore testuale ne ha consentito l'applicazione al di fuori del contesto originario, ha aperto la strada anche al perseguimento di un numero più vasto di soggetti.

Se la rinnovata vitalità dell'Espionage Act ha trovato naturale prima applicazione nella repressione, che si vuole severa in funzione di deterrenza, degli agenti statali infedeli responsabili del filtraggio

due precedenti formati in fattispecie concrete in cui non era direttamente implicato il principio della libertà di espressione del I emendamento della Costituzione (i.e. la pronuncia della Corte Suprema *Gorin v. United States* del 1941 e la sentenza della Corte federale del Quarto Circuito del 1988 *United States v. Morison*). Al contrario nel caso *Rosen*, in cui le informazioni erano rivelate anche alla stampa, il diritto del Primo Emendamento è implicato, per cui sarebbe stato necessario uno scrutinio più rigoroso sulla chiarezza della fattispecie, proprio perché quel diritto dipende molto dal contesto. Il principio costituzionale di tassatività esiste proprio per evitare bilanciamenti ad hoc e quindi applicazioni arbitrarie e discriminatorie.

¹⁶ Cfr. Stephen I. Vladeck, "Prosecuting Leaks Under U.S. Law", con un elenco dettagliato dei casi aggiornato al 2014: <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2015/11/ABA-Leak-Prosecution-Chapter.pdf>. Si nota che in realtà il record dei casi trattati durante l'amministrazione Obama non è frutto di precisa scelta rigorista, molti di quei casi erano infatti eredità dell'era Bush, essendo a quel punto difficile sconfessare le indagini già condotte e il lavoro dei procuratori. V. Scott Shane and Charlie Savage, "Administration Took Accidental Path to Setting Record for Leak Cases" in NYT 19 giugno 2012, <https://www.nytimes.com/2012/06/20/us/politics/accidental-path-to-record-leak-cases-under-obama.html>

¹⁷ cfr. Adam Liptak: "A High-Tech War on Leaks", New York Times, 11 febbraio 2012:

<https://www.nytimes.com/2012/02/12/sunday-review/a-high-tech-war-on-leaks.html>

¹⁸ I tentativi di approvare una legge generale diretta a punire ogni rivelazione non autorizzata di notizie riservate sul modello di quella vigente nel Regno Unito, l'Official Secrets Act, sono falliti. Nel 2000 il Presidente Clinton appose il suo veto ad una proposta di legge in questo senso, evidenziando la mancanza di equilibrio che creava tra i due interessi confliggenti, proteggere i segreti di sicurezza nazionale e promuovere il libero flusso di informazioni essenziale per la democrazia.

¹⁹ V. Jessica Lutkenhaus, "Prosecuting Leakers the Easy Way : 18, U.S.C. §641, in Columbia Law review 2014, vol. 114, 1167 ss. : <https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Lutkenhaus-J..pdf>. Peraltro, non v'è affatto concordia nella interpretazione delle Corti distrettuali sulla applicazione della norma alla rivelazione di informazioni riservate, se esse possano essere "cose di valore": mentre alcune la sostengono, altre la condizionano ad un preesistente divieto di legge, altre adottano un approccio caso per caso, bilanciando con il diritto costituzionale del I emendamento, altre ancora la escludono del tutto.

delle notizie riservate da loro detenute e gestite, lo strumento normativo consente di andare oltre gli obiettivi immediatamente perseguiti, considerando il complesso contesto che genera il fenomeno delle fughe di notizie e l'intreccio di interessi coinvolti. Il terreno si presta tuttavia a favorire imputazioni selettive.

Non solo sono stati perseguiti con determinazione esclusivamente gli agenti statali responsabili della fuga di notizie e non terzi estranei, salvo le sparute eccezioni, ma nei casi giunti a conclusione si è trattato di soggetti in posizioni di basso o medio livello nella struttura istituzionale, quando è ben risaputo che il filtraggio pilotato di notizie riservate alla stampa e ai media è azione, piuttosto frequente, proveniente da più alti livelli politici. Il fenomeno della fuga di notizie è storicamente centrale nella relazione tra la stampa e l'esecutivo, che sono in rapporto simbiotico, in un alternarsi di tensioni, conflitti o deferenza²⁰. Questo rapporto rischia di essere gestito ad alti livelli anche sul fronte della stampa e delle entità e delle strutture informative; anche per sostenere il conflitto occorre avere la forza contrattuale delle grandi testate editoriali e giornalistiche. Non a caso, rischiano di essere fuori dal gioco le iniziative solitarie di pubblicazione, spesso attraverso le nuove forme di comunicazione in rete, è così che organizzazioni come Wikileaks possono diventare l'obiettivo naturale della reazione repressiva.

D'altra parte, la stessa tecnica della classificazione è in qualche modo alla base dei *leaks*. La secretazione delle notizie, con i vari gradi di riservatezza, da *confidential* a *top secret*, viene infatti utilizzata in maniera sovrabbondante, una prassi denunciata in sede parlamentare e ammessa anche in quella governativa, a riprova della concreta assenza, in una grande maggioranza di casi, di giustificazioni fondate sugli asseriti interessi fondamentali di sicurezza²¹.

Le cose erano ben chiare ai giuristi che si erano occupati dell'Espionage Act, specie in seguito al suo più recente approdo giudiziario nel caso *United States v. Rosen*, in cui si era andati oltre l'incriminazione della sola fonte governativa. Nella legge - notavano tutti i commentatori, in ciò riferendosi alle affermazioni pur incidentali della giurisprudenza - non v'è alcuna barriera legale all'utilizzo delle fattispecie di reato per reprimere le condotte di chi ha ricevuto le notizie segrete dalla fonte, o di chi non autorizzato le detiene, quando ragionevolmente può presumersi la potenzialità del danno che deriva dalla loro divulgazione. Cosa impediva l'esercizio dell'azione penale nei confronti di questa ulteriore cerchia di soggetti era dunque sempre racchiuso nella sfera della

²⁰ La sproporzione tra la massa della fuga di notizie e le rare iniziative penali contro gli informatori è la caratteristica del sistema, non una sua disfunzione. Si tratta di un vero e proprio "*game of leaks*", regolarmente giocato tra il governo, che attraverso la fuga controllata di notizie propaganda la sua politica e la stampa, che dipende da quelle ma ne cerca anche altre: può essere un cagnolino, un cane da guardia e talora un capro espiatorio: Mary-Rose Papandrea. "Lapdogs, Watchdogs, and Scapegoats: The Press and National Security Information." *Indiana Law Journal* 83, no.1 (2008): p. 254

<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1202&context=lsfp>

Ancor più descrittiva la terminologia che indica la natura e provenienza delle fughe di notizie, non solo *leaks*, quelle vere e incontrollate, ma anche *plants*, quelle che sono veicolate dal governo oppure la via di mezzo cioè *pleaks*, quelle tollerate: David E. Pozen, *the Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosures of Information*, in *Harvard Law Review*, 2013, Vol. 127, p.512

<https://www.law.upenn.edu/live/files/2549-pozenthe-leaky-lev>

"Molti osservatori sono pronti a notare un doppio standard per i procedimenti giudiziari per le fughe di notizie: le rivelazioni strettamente controllate dai livelli più alti non disturbano nessuno" : Margaret Sullivan, *The Danger of Suppressing the Leaks*, *New York Times*, 9 marzo 2013, <https://www.nytimes.com/2013/03/10/public-editor/the-danger-of-suppressing-the-leaks.html>

²¹ Il fenomeno della *overclassification*, nato con la stessa creazione del sistema di segretazione, ha negli anni raggiunto proporzioni inconcepibili, con espresse ammissioni ufficiali che indicano l'apposizione del vincolo come inutile o improprio in percentuali tra la metà o i due terzi dei documenti ordinariamente classificati; le stesse Corti ammoniscono l'impossibilità di far derivare automaticamente dalla classificazione di un documento, la dannosità della sua rivelazione cfr. ampiamente, sul tema, la memoria presentata come *amici curiae* da diciassette accademici specializzati in diritto costituzionale e dell'informazione (<https://sgp.fas.org/jud/albury-amicus.pdf> v. pagg. 6-12), alla *sentencing hearing*, l'udienza di determinazione della pena, nel processo a carico di Terry J. Albury, agente dell'FBI, per la rivelazione al sito *The Intercept* di documenti relativi alle linee guida per l'uso di informatori e la sorveglianza di minoranze etniche e religiose, comunità di immigrati e giornalisti nella campagna di lotta al terrorismo. (di recente la sua storia in: <https://www.nytimes.com/2021/09/01/magazine/fbi-terrorism-terry-albury.html>)

prosecutorial discretion, cioè dell'opportunità politica, che era evidentemente refrattaria a confrontarsi con la circostanza che i destinatari della fuga di notizie erano gli editori, i media, i giornalisti che intrattenevano e ricercavano i contatti con le fonti. Al di fuori dello spionaggio tradizionale o dei moventi corruttivi, i *leakings* erano motivati infatti dalla volontà di denunciare all'opinione pubblica gli abusi governativi che si celano dietro la classificazione di riservatezza. La finalità delle condotte di rivelazione e di diffusione al pubblico era dunque quella che costituiva l'esercizio di uno dei diritti fondativi dell'ordinamento democratico, quello protetto dal I emendamento della Costituzione americana sulla libertà di espressione e stampa.

Anche dal punto di vista costituzionale, l'ipotesi in astratto del perseguimento penale del giornalista dopo la pubblicazione era stata ritenuta plausibile, se non doverosa, nel famoso caso legato alla pubblicazione dei Pentagon Papers, lo studio segreto sulla conduzione della guerra in Vietnam, ove la Corte Suprema si limitò ad escludere il divieto preventivo di pubblicazione che il governo aveva preteso nei confronti del New York Times cui era stato trasmesso il rapporto ²². In quell'unica occasione, la Corte Suprema non offre alla stampa alcuna illusione di una immunità penale per l'attività di pubblicazione di notizie riservate che possono creare pregiudizio alla difesa nazionale, facendosi anzi un esplicito riferimento all'incriminazione con le norme dell'Espionage Act. La Corte soprattutto non chiarisce se si debba adottare lo stesso standard probatorio e lo stesso bilanciamento di interessi che ha usato per impedire il divieto preventivo delle notizie ²³. L'Espionage Act è dunque da tempo uno strumento a disposizione che può diventare la clava con cui si colpisce, o si minaccia di colpire, l'area di azione del giornalismo investigativo, quello diretto in particolare alla esposizione degli abusi del potere, che sono per eccellenza coperti dalla tecnica della classificazione.

Si deve arrivare al caso Assange per capire fin dove è possibile spingersi. La grande divisione fra le condotte della fonte e quelle del destinatario del *leaking* è abbattuta secondo le potenzialità di applicazione delle fattispecie penali. Si è risolto il c.d. "problema del New York Times", secondo l'espressione attribuita a un funzionario del DOJ della amministrazione Obama che icasticamente rivelava la titubanza nel perseguire Assange senza perseguire anche i giornalisti che avevano a loro volta pubblicato i *files*. Si sono però costruite le accuse cercando di dimostrare che il rapporto di Assange con la sua fonte interna è condotto in maniera diversa rispetto al giornalismo delle grandi testate, attraverso il coinvolgimento già nella fase della acquisizione dei dati negli archivi informatici riservati ²⁴. Ma la concreta formulazione delle accuse è solo un paravento per la giustificazione dell'utilizzo dei reati previsti dall'Espionage Act, che hanno da sempre avuto la potenzialità di ricomprendere, nella loro ampia formulazione, l'attività non solo della parte iniziale che rilascia le informazioni riservate, ma anche di quella che le sollecita alla fonte, le riceve e finalmente le

²² V. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/713/>, New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971), v. ad esempio nella opinione concorrente dei Giudici White e Stewart, al par. 433(... *terminando il divieto della pubblicazione dei relativamente pochi documenti sensibili che il governo ora cerca di impedire non significa che la legge richieda o inviti giornali o altri a pubblicarli, o che essi siano immuni da azioni penali se lo fanno...*) "il Giudice White cita esplicitamente l'Espionage Act. L'incriminazione di Daniel Ellsberg (ora uno dei testi a difesa nel procedimento di Assange) che aveva consegnato i documenti al NYT, fu effettivamente perseguita secondo quella legge, ma rimase senza vaglio giudiziale, essendo il processo abortito a causa delle illegalità compiute dal governo nei confronti dell'imputato, un esito che ovviamente impedì iniziative di sorta contro i giornalisti e gli editori, chiamati anzi ben presto a riportare altre illegalità nel c.d. scandalo Watergate.

²³ Si è discusso sul significato della distinzione che la Corte Suprema ha sostenuto tra una censura preventiva e l'incriminazione successiva alla pubblicazione, negando solo la prima, ma non v'è dubbio che la minaccia di dure sanzioni può avere un effetto dissuasivo che annulla la differenza. V. Mary-Rose Papandrea. "Lapdogs, Watchdogs, and Scapegoats: The Press and National Security Information, cit. pag. 280-81

²⁴ Chiarissimo il punto quando si scopre, per un errore di "copia e incolla" dei procuratori in procedimento non correlato, che Assange era ancora nel 2018 segretamente sotto indagine: "Assange Is Secretly Charged in U.S., Prosecutors Mistakenly Reveal" in NYT 16.11.2018. "I procuratori hanno accarezzato l'idea di incriminare Assange come cospiratore nel reato commesso da Manning", ma "il loro dilemma si riduce alla domanda cui non trovano risposta netta: c'è differenza tra ciò che faceva Wikileaks, almeno a quel tempo, da ciò che tradizionalmente fanno le organizzazioni dei media delle notizie, come il NYT, nel richiedere e pubblicare le informazioni che ottengono ma che il governo vuole mantenere segrete?"

<https://www.nytimes.com/2018/11/16/us/politics/julian-assange-indictment-wikileaks.html?action=click&module=RelatedCoverage&pgtype=Article®ion=Footer>

dissemina ²⁵. Il percorso intrapreso è ancora più pericoloso perché entra con decisione nel terreno ancor più delicato della raccolta delle informazioni, una parte essenziale del lavoro giornalistico. È difficile sostenere la libertà di stampa senza che questa ricomprenda l'attività di ricerca e contatto con le fonti, che sovente implica la sollecitazione delle loro informazioni e non solo, anche l'assicurazione a queste della confidenzialità e della anonimità.

La questione se Assange sia o meno un giornalista, altro paravento spesso utilizzato per marcare una differenza rispetto all'operare delle grandi entità dell'informazione, è piuttosto speciosa, considerate da un lato la trasformazione tecnologica del circuito informativo al tempo di internet e comunque la finalità di informazione al pubblico della sua azione. Come è stato puntualmente rilevato anche dalla giurisprudenza, sul piano del diritto non v'è modo di configurare, ai sensi dell'Espionage Act, uno statuto differenziato per il giornalista che pubblica la notizia riservata rispetto a quello del comune cittadino ²⁶. Se entra in gioco l'esercizio del diritto ad informare e ad essere informati, nella legge non v'è maggiore tutela per l'uno rispetto all'altro: nel campo delle notizie riguardanti la difesa nazionale non è prevista una difesa che porti a sostenere la prevalenza o la giustificazione del contro interesse. Anche l'evocazione del giornalismo responsabile, ascritto ai media mainstream, non troverebbe maggiore tutela legale. È tuttavia proprio questa la più forte giustificazione che sta alla base dell'accusa contro Assange. Per quanto Assange abbia dapprima avuto come primi e diretti interlocutori proprio alcune delle entità editoriali più strutturate e rispettate, il New York Times, Il Guardian e Der Spiegel, permettendo a ciascuna di selezionare fra i documenti i contenuti che le rispettive sensibilità e attenzioni suggerivano, ciò che egli ha rifiutato, esponendosi irrimediabilmente alla reazione, è di sottostare alle indicazioni delle agenzie governative. È altrettanto vero che il rapporto di Assange con gli stessi giornalisti delle testate più istituzionali ha conosciuto anche momenti conflittuali, ma alla fine nessuno di loro contesta che l'attività svolta da Assange appartenga al giornalismo e sia protetta dalle garanzie costituzionali della libera stampa. Così come sono ammesse, da parte delle testate istituzionali coinvolte, anzi rivendicate, le interlocuzioni con le autorità governative prima della pubblicazione dei documenti di Wikileaks. Il giornalismo "responsabile" può dare più affidamento, ma non è costituzionalizzato. D'altronde, il compromesso con le agenzie governative che hanno accettato le testate più forti, come il NYT o il Washington Post, non pubblicando dati con implicazioni asseritamente negative per la sicurezza

²⁵ v. Stephen I. Vladeck, "Inchoate Liability and the Espionage Act: The Statutory Framework and the Freedom of the Press." Harvard Law and Policy Review 1, no. 1 (Winter 2007), p.221, 224 e 227. https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1062&context=facsch_lawrev

Il caso Rosen, che aveva ammesso la contestazione di soggetti terzi per aver sollecitato e agevolato le rivelazioni della fonte, implicitamente aveva riconosciuto un'altra pericolosa fonte per la potenziale responsabilità dell'attività giornalistica sulla base dell'Espionage Act. La legge infatti poteva ampliare la sua applicazione alla fase della raccolta delle informazioni, configurando una responsabilità distinta da quella della pubblicazione, attraverso la contestazione di forme di responsabilità (che qui definiremmo concorsuali, sulla sola base della clausola generale dell'art. 110 c.p.) quali l'istigazione, la determinazione, l'agevolazione alla commissione delle violazioni delle sue norme. In questi casi, sarebbe stato più difficile invocare protezione secondo il principio di libertà del Primo Emendamento.

²⁶ Cfr. Vladeck, supra nota 7, Prosecuting Leaks, cit. p. 34 per cui : " *Il testo di legge non fa distinzione tra l'informatore, il destinatario della informazione, o la centesima persona che ridistribuisce, ritrasmette o anche trattiene informazioni sulla difesa nazionale che, a quel punto, è già di pubblico dominio, Nella misura in cui l'ipotetico imputato sa o ha ragione di ritenere che l'informazione in suo possesso si riferisce alla difesa nazionale e potrebbe essere usata per danneggiare gli Stati Uniti o beneficiare una potenza straniera, egli sta violando ciò che dice la chiara lettera della legge, senza considerazione del suo intento e nonostante il dato fattuale che a quel punto, il proverbiale gatto non è più da tempo nel sacco*" (" let the cat out of the bag" è espressione che significa rivelare un segreto Nde).

Anche la giurisprudenza non ha dubbi: Nel caso United States v. Morison, 844 F.2d 1057 (4th Cir. 1988), cit. supra nota 12 (un caso in cui l'imputato, un impiegato dell'intelligence militare, aveva fornito a un settimanale specializzato con sede a Londra, fotografie satellitari classificate che l'intelligence della Marina aveva scattato a una portaerei sovietica in un cantiere navale del Mar Nero) la Corte Federale respinse l'argomento che l'Espionage Act non si applicasse al di fuori di un contesto di spionaggio classico, ritenendo che il testo delle previsioni riguardasse " chiunque" senza distinzione per quanto riguarda chi trasmette le informazione o a chi. <https://www.opengovva.org/foi-opinions/united-states-v-morison>

nazionale, si è basato su valutazioni che si sono dimostrate inconsistenti, lasciando in seguito le stesse testate nell'imbarazzo della spiegazione.²⁷

Nelle mani dei potenti procuratori governativi sta dunque l'utilizzo di una fattispecie che rivela ancor più la sua vaghezza e duttilità nel contesto di questo difficile bilanciamento di interessi pubblici che, se è escluso in astratto, pesa sulla decisione della incriminazione del soggetto. Di là dell'onere probatorio incombente sull'accusa in merito al danno reale o potenziale creato dalla pubblicazione dei documenti riservati, i margini di apprezzamento del pericolo creato e della sua consapevolezza in capo all'autore, sono del tutto discrezionali se al giudice (alla giuria peraltro) è lasciata la responsabilità del bilanciamento degli interessi, anche quando la rivelazione dei dati riservati avviene non per denaro o per asservimento a potenze straniere, ma per fini di informazione. Da un lato, infatti, si pone l'interesse pubblico alla base dell'incriminazione, fortemente valoriale e condizionante, della difesa della nazione, non sempre derivante automaticamente dalla formale classificazione di riservatezza del documento, dall'altro, quello della informazione diretta al pubblico, in grado di consentire la formazione delle opinioni e della critica dei comportamenti dei governi, cioè la massima espressione delle libertà di parola e di stampa. Una tensione che si riverbera negativamente sul giudice popolare, la cui serenità e affidabilità sarà a rischio in base ai contesti ambientali che in tempi critici, diciamo pure di guerra, vedono prevalere e soverchiare l'interesse statale su altri fondamentali diritti. Si evidenzia un percorso analogo a quello di altre previsioni dell'Espionage Act, direttamente interessanti la libertà di pensiero, che ha portato a incriminare, nei periodi di crisi ed emergenza supposta o reale, sotto forma di istigazione a commettere reati contro la sicurezza dello Stato, nel 1917 il dissenso e i discorsi contro la guerra, poi il pericolo della propaganda comunista o socialista negli anni Venti e Trenta del secolo scorso, passando per il maccartismo e approdando in tempi più recenti alla guerra al terrorismo. In quei periodi si tende a contrarre gli spazi per la libertà di espressione, di fronte al nemico, scivolando verso un diritto penale dell'autore. La valutazione della pericolosità dei discorsi rispetto alla sicurezza nazionale ha indotto la giurisprudenza a un difficile tentativo di bilanciamento di interessi, che però è risultato condizionato dal contesto storico nella sua pratica applicazione²⁸. Nel caso di Assange, l'accusa può ben percorrere suggestivamente la strada di una sua descrizione come un pericoloso *hacker* con visioni anarchiche e non in sintonia con gli interessi americani. Nella sostanza, la prova della mala fede dell'imputato, cioè la sua volontà di danneggiare gli interessi dello Stato, una prova il cui onere può essere comunque gravoso, come ricordato nel caso *US v. Rosen*, corre il rischio di essere desunta dalla personalità dell'imputato. Sarebbe più difficile desumerla per un giornalista tradizionale, invece che per una persona descritta come un *outsider* radicale con desideri di vendetta contro gli Stati Uniti, tanto più se si sfruttano talune prese di distanza che hanno caratterizzato nella prima

²⁷ Così è per la omessa pubblicazione da parte del Washington Post dei nomi delle nazioni dell'Europa dell'est che ospitavano siti segreti della CIA, di cui lo stesso giornale dava conto, ovvero la mancata pubblicazione per oltre un anno da parte del NYT delle notizie sul programma di sorveglianza di massa senza mandato da parte della National Security Agency. Cfr. Mary-Rose Papandrea. "Lapdogs, Watchdogs, and Scapegoats: The Press and National Security Information, cit. pag. 261, ma in genere sugli accordi della stampa "responsabile" 257 ss.

²⁸ Si rimanda alla compiuta analisi di questo lungo percorso giurisprudenziale negli Stati Uniti sviluppata nel bel libro di Alessandra Galluccio, *Punire la parola pericolosa?* Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, sez. III, capitoli 4-6, pp. 167 ss. Si evidenziano i criteri progressivamente elaborati che hanno richiesto diverse verifiche della potenzialità dannose della espressione del pensiero. Dal criterio del c.d. "*bad tendency test*", al "*clear and present danger test*" e al "*Branderburg test*" verso una sempre maggiore definizione di un pericolo concreto. La tecnica di incriminazione delle fattispecie di pericolo concreto, pur liberale e garantista, tuttavia, nella pratica applicazione rischia di negare il bilanciamento degli interessi sul piano astratto costituzionale, ove la libertà di espressione ha un ruolo primario, lasciando troppo spazio alla discrezionalità. "*la tecnica del pericolo concreto è buona quanto è buono il giudice che la adopera*" (ivi pag. 314-15), e poiché il giudice è integrato nella società che si percepisce minacciata sarà portato a percepire la minaccia e a trasferirla nelle massime di esperienza cui attingerà per decidere il caso. Non meno interessante il confronto e l'analogo percorso in ordine al quadro normativo e la giurisprudenza italiani.

Cfr. ancora: Christina E. Wells, *Contextualizing Disclosure's Effect: Wikileaks, Balancing, and the First Amendment*, 97 Iowa Law Rev. Bull. 51, 2012 in <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/409/>
Sul tema v. anche Elisabetta Grande, "I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura", in questa Rivista, 4/ 2015, pagg. 53-56
https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/270/qg_2015-4_07.pdf

fase molti dei media istituzionali ²⁹. La bufera su Assange e la demolizione della sua immagine, a ben vedere, cominciano a manifestarsi non tanto dopo la pubblicazione dei documenti degli anni 2010 e 2011 che viene contestata nelle imputazioni, ma dopo la pubblicazione delle email interne al Partito Democratico che sarebbe stata mirata a danneggiare la campagna presidenziale di Hilary Clinton e a favorire il candidato Trump, per di più con il sospetto che la fonte di provenienza dei documenti fossero i servizi facenti capo al Cremlino ³⁰.

Non è dunque fuori luogo la iniziativa della difesa di Assange che ha sollevato l'eccezione della natura politica della accusa, anche sotto forma della mera strumentalità dell'azione, entrambe ipotesi di cause ostative alla estradizione. Sotto il primo aspetto il Giudice se la cava con un argomento formale risolutivo, in quanto il divieto di estradare per un reato politico, pur previsto nel trattato tra Regno Unito e Usa, non è considerato nella normativa interna, cioè nell'Extradition Act del 2003, che sul punto si discosta dalle precedenti leggi che invece prevedevano tale causa ostativa. A differenza di altri sistemi, come il nostro o quello stesso statunitense, il sistema del Regno Unito è binario, cioè richiede la ricezione in normativa interna del trattato, che non garantisce posizioni azionabili direttamente, non essendo sufficiente la sua ratifica. Chiamato a un giudizio ancor più difficile in merito alla strumentalità dell'azione (causa ostativa che ricomprende la finalità politica o di discriminazione, nell'ampia dizione di "*extraneous considerations*" usata dalla legge), la Giudice non può che concludere per l'insufficienza della prova che l'iniziativa dei procuratori non sia stata perseguita in buona fede, ma sotto pressione politica. È il primo importante affidamento agli Stati Uniti, la cui negazione avrebbe troppo clamorosamente descritto quel paese come persecutore degli oppositori e sbiadito l'immagine del sistema che fa della libertà di stampa un cardine del proprio eccezionalismo ³¹. Per il vero, la Giudice è consapevole che il perseguimento di Assange dimostri estremo accanimento, lo ammette soprattutto da parte dei servizi di sicurezza, prende atto dell'utilizzo di strumenti illegali di controllo all'interno della ambasciata ecuadoriana, financo del piano di avvelenamento, ma si ritrae dal giudizio, menzionando un difetto di prova certa, essendo in corso una indagine penale in Spagna su questi fatti, i cui elementi non sono allo stato acquisiti. Insomma, c'è solo il dubbio che l'interesse verso Assange vada oltre ciò che la sua Difesa definisce "il perseguimento di normali e accettabili obiettivi di giustizia penale", ma non basta. Esaurita la questione della strumentalità dell'azione, poco restava delle eccezioni che non fossero attinenti a temi del merito processuale, come tale estraneo al vaglio demandato nella sede estradizionale. Del resto, le condotte attribuite ad Assange sono da considerare punibili a maggior ragione anche secondo la legislazione del Regno Unito, realizzando il requisito della previsione bilaterale del fatto, altro elemento cruciale in sede estradizionale. Il momento per la discussione non era dei migliori e in particolare per la critica agli Stati Uniti, essendo infatti all'epoca in discussione in parlamento una riforma normativa, mirata all'inasprimento di sanzioni per la rivelazione di notizie riservate, anche trasmesse alla stampa, rendendo ancora più esposti i giornalisti, con norme equiparabili a quelle dell'Espionage Act americano, anzi con pene maggiori ³².

²⁹ V. Christina E. Wells, Contextualizing Disclosure's Effect, cit. nota 24

³⁰ Cfr. John Cassidy, The Indictment of Julian Assange is a Threat to Journalism, The New Yorker, 2 aprile 2019, che evidenzia il paradosso delle reazioni positive che il NYT e il Washington Post assunsero in occasione dell'arresto di Julian Assange a Londra, a dimostrazione di quanto ormai avesse preminenza il giudizio sulla sua successiva attività al tempo delle elezioni del 2016, estranea al procedimento penale in corso, e non sulla attività di pubblicazione effettivamente contestata. In riferimento a quest'ultima, proprio quelle testate che avevano pubblicato i documenti di Wikileaks ben avrebbero potuto ricevere le stesse incriminazioni. Una sorta di *lapsus* del Times e del Post che rivela la sottovalutazione dei rischi per il giornalismo insiti nella decisione di perseguire penalmente Assange. <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/the-indictment-of-julian-assange-is-a-threat-to-journalism>

³¹ il Giudice Baraitser, pur rigettando le tesi difensive che ravvisavano un contrasto con l'art. 10 della CEDU, accanto alla esaminata questione della strumentalità politica dell'azione, tuttavia non ha potuto fare a meno di riconoscere la portata impegnativa nel giudizio di merito della protezione del diritto di libertà invocato V. al § 180 della decisione: "Nel caso del signor Assange, un tribunale statunitense dovrà confrontarsi con i confini della libertà di parola in relazione alle informazioni sensibili nell'era di Internet. Tuttavia, il solo fatto che l'accusa metta alla prova questi confini, non dimostra che siano posti in malafede".

³² <https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/jul/20/proposed-secrecy-law-journalism-spying-home-office-public-interest-whistleblowing>

L'altra faccia della medaglia dell'iniziativa giudiziaria contro Assange è costituita dal doppio standard che viene applicato, aspetto che conferma preoccupazioni e timori di un chiaro monito ad effetto dissuasivo sulla libertà di stampa. Non può infatti sfuggire che, nel complesso delle informazioni svelate dalle pubblicazioni tramite *Wikileaks*, sono esposti abusi e violazioni che non solo avrebbero meritato, ma imposto l'incriminazione dei responsabili. Di particolare interesse sono i documenti che riguardano i profili e il trattamento dei detenuti a Guantanamo e le operazioni di guerra in Afganistan e Iraq. Dai primi emerge l'insussistenza a monte di qualsiasi seria ragione di detenzione di gran parte dei prigionieri, sottoposti ancor più gratuitamente ai trattamenti costituenti tortura. Dagli altri documenti emerge il compimento di crimini di guerra, uccisioni di civili e torture, queste ultime perpetrate anche dalle forze di sicurezza irakene, cui venivano consegnati prigionieri. Emerge la volontà di nascondere la stessa mole dei "danni collaterali", le centinaia di morti civili, non registrando gli incidenti o giustificandoli. Rispetto alla mole degli episodi documentati non risulta alcuna azione diretta alla individuazione degli autori, quantomeno attraverso indagini approfondite e al conseguente perseguimento penale delle loro responsabilità. In casi come questi sono le convenzioni internazionali che impongono l'accertamento dei fatti e delle responsabilità oltre che la punizione severa dei colpevoli. L'esercizio dell'azione penale non è soggetto ad alcun margine di discrezionalità anche nei sistemi che seguono il principio di opportunità ³³.

Eppure, mentre si coltivava l'indagine contro Assange, dopo la condanna della sua fonte istituzionale Chelsea Manning, anche dopo la pubblicazione del rapporto del Senato USA nel dicembre 2014, cioè l'ammissione ufficiale della tortura, dietro la mistificazione legale delle tecniche di interrogatorio rinforzato sui prigionieri a Guantanamo, ad Abu Grahیب, a Falluja, e nei siti segreti gestiti dalla CIA in diverse paesi, la risposta è condensata nella dichiarazione del Presidente Obama sulla "necessità di guardare avanti e non indietro": null'altro che un eufemismo mistificatorio per proclamare la scelta di impunità dei torturatori ³⁴. Tra le cose che rivelava il rapporto del Senato v'era la circostanza che la CIA aveva fornito informazioni riservate ai giornalisti che conseguentemente avevano pubblicato documenti ancora segreti, ma non aveva spinto perché venissero aperte indagini e perseguiti gli autori delle fughe di notizie. ³⁵ Ai funzionari si chiedeva di descrivere i risultati positivi del programma di tortura ai giornalisti per assicurarsi il consenso dell'opinione pubblica, ma le informazioni filtrate erano incomplete o addirittura false. V'è anche un responsabile della scelta di distruggere i video delle torture, che non è stato chiamato a render conto.³⁶ Lo stesso rapporto

³³ Difficile anche per le autorità del Regno Unito apprezzare il contributo alla trasparenza di Wikileaks, avendo diversi scheletri nell'armadio. L'ultimo rapporto periodico del Comitato contro la Tortura pubblicato il 7 giugno 2019 relativo al Regno Unito, prende ancora atto della perdurante inerzia in merito alla rilevantissima serie di episodi di tortura e di maltrattamenti nei confronti di prigionieri durante l'intervento in Iraq, nel periodo 2003-2009, addebitabili alle forze armate britanniche o commessi su loro istigazione o compiacenza. Indagini non avviate, chiuse in fretta, nessuna sanzione penale irrogata per crimini evidenti. Nel precedente rapporto, in cui si raccomandava di indagare sull'evidente responsabilità nella catena di comanda a livelli più alti, si stigmatizzava il rifiuto del governo di consentire accesso a testimonianze di appartenenti ai servizi, rendendo vano il lavoro di una commissione parlamentare istituita. Cfr. rapporto ai paragrafi 30-35 <https://digitallibrary.un.org/record/3859788>. Per analogia inerzia in violazione degli obblighi convenzionali rispetto alla situazione interna, la situazione desta ancora allarme per il Comitato, che evidenzia anche la carenza di informazioni fornite, v. ai paragrafi 12-15.

³⁴ Le dichiarazioni di Obama furono duramente criticate con la richiesta di perseguire proprio coloro che anche nella cerchia presidenziale aveva autorizzato e giustificato la tortura, v. per tutti l'editoriale del New York Times "Prosecute Torturers and Their Bosses", del 21 dic. 2014 : <https://www.nytimes.com/2014/12/22/opinion/prosecute-torturers-and-their-bosses.html>. V. anche Glenn Greenwald sul Guardian del 31 agosto 2012, : "Obama's justice department grants final immunity to Bush's CIA torturers", sulla chiusura finale dei casi di detenuti morti sotto tortura sottoposti alle tecniche di interrogatorio della CIA : <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/aug/31/obama-justice-department-immunity-bush-cia-torturer>

³⁵ V. alle pagg. 401-408 del rapporto del Comitato Ristretto presentato nel dicembre 2014: <https://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/publications/CRPT-113srpt288.pdf>

³⁶ Fu la stessa Gina Haspel, responsabile della supervisione di un sito segreto della CIA in Thailandia, ove si praticavano le partiche di tortura ai prigionieri, a ordinare la distruzione di oltre 90 video che riprendevano gli interrogatori durante i quali erano impiegate tali "tecniche", una circostanza contestata alla stessa Haspel in occasione della approvazione della sua nomina come capo della CIA da parte del presidente Trump. La risposta a giustificazione della correttezza dell'operato è che la Haspel avrebbe ordinato la distruzione per eseguire un ordine superiore a lei impartito. Una difesa che lascia evidentemente le cose come stanno.

dell'indagine conoscitiva del Senato reso pubblico consta di circa 500 pagine, ma la parte che ancora rimane segreta è 10 volte superiore. Il segreto sull'intero rapporto è stato confermato per altri 12 anni da Obama, un modo peraltro per impedire che venisse distrutto come i repubblicani chiedevano ³⁷.

È un fatto, tuttavia, che la stessa indagine conoscitiva del comitato senatoriale è preceduta e sostanzialmente generata dalla pubblicazione di documenti riservati che riescono a pervenire ai media. Ciò che rimane segreto ufficialmente, tuttavia, è continuamente eroso dal giornalismo investigativo, che continua a rivelare dettagli e anche nomi che sono la ragione del permanere del segreto, cioè quella di impedire l'individuazione delle catene di responsabilità. Pensiamo al primo e più noto scossone provocato nell'opinione pubblica dalla pubblicazione delle foto dei prigionieri di Abu Ghraib, alcune anticipate dalla CBS e altre pubblicate dalla rivista *The New Yorker* ³⁸. Le foto dicevano tutto ciò che serviva per la consapevolezza degli abusi che venivano perpetrati, ma si deve al rapporto segreto, di cui venivano contemporaneamente pubblicati ampi stralci, redatto dal generale Antonio Taguba, incaricato di condurre una immediata inchiesta, il quadro generale della sistematicità delle vere e proprie torture cui venivano sottoposti i detenuti dalla polizia militare in Iraq e dai vari soggetti che conducevano gli interrogatori, militari e civili. Il rapporto venne filtrato alla stampa e l'autore del *leaking* rimase sconosciuto. Gli alti vertici, cui diverse copie del rapporto erano dirette, negarono di essere mai stati informati del rapporto stesso, che, nelle parole del generale Taguba, chiaramente individuava responsabilità di comando, ben oltre la cerchia ristretta dei soldati ripresi nelle fotografie e nei video, alcuni dei quali distrutti. Il rapporto non ebbe alcun seguito di indagine lungo la direttrice segnata verso i ruoli apicali nella catena di comando; produsse invece il trasferimento dell'autore, poi costretto al pensionamento anticipato ³⁹. Difficile negare che il segreto nei suoi vari livelli di classificazione non ha alcuna ragione inerente all'interesse nazionale, ma soltanto quella di coprire l'imbarazzo dei governi nel duplice aspetto della commissione di abusi, di crimini eclatanti e della assicurazione della impunità ai responsabili. L'opinione pubblica, grazie alle rivelazioni non autorizzate, ha saputo ben prima delle ammissioni, dei rapporti ufficiali e delle scuse e quindi ha potuto valutare anche la affidabilità di queste ultime ⁴⁰. Sono le rivelazioni che hanno consentito di portare nel dibattito pubblico i grandi temi della tenuta della democrazia e dei suoi valori fondanti nei tempi di crisi. Nonostante ciò, a pagare sono stati soltanto coloro che hanno contribuito alla trasparenza, investiti dalla pesante reazione alla violazione della riservatezza, una reazione che ora con il caso Assange prende di mira anche la diffusione delle notizie attraverso i media dell'informazione. Specularmente, l'assicurazione dell'impunità per i crimini svelati si è estesa a tutto campo, verso la chiusura di ogni spazio residuo per non render conto. Così la copertura delle alte responsabilità per le torture e i crimini di guerra, più carica di implicazioni politiche e quindi di esercizio della discrezionalità governativa non ha risparmiato neppure coloro che hanno ecceduto dai programmi autorizzati o dalle direttive ricevute. In una parola, l'immunità è stata perseguita scientemente in modo totale. Fra i cablogrammi diplomatici pubblicati da Wikileaks, molti mostrano come l'amministrazione del presidente Bush abbia minacciato di sanzioni o di mancati aiuti alcuni stati firmatari della convenzione istitutiva della Corte Penale Internazionale per costringerli a firmare accordi bilaterali, il cui scopo era quello di esentare dalla giurisdizione della Corte il personale civile e militare degli Stati Uniti. Si sosteneva, infatti, che tali accordi di immunità, diretti

³⁷ Rispondendo alle istanze per la completa desecretazione del rapporto proveniente da più parti e in particolare dalla senatrice Dianne Feinstein del partito democratico, già presidente del Comitato Ristretto che elaborò il rapporto, la Casa Bianca comunicava che non vi avrebbe proceduto, ma allo stesso tempo avrebbe conservato il rapporto stesso negli archivi presidenziali. In sostanza la desecretazione non potrà essere riproposta fino al 2029. (<https://www.feinstein.senate.gov/public/cache/files/4/4/446cfcf7-17ac-4196-a199-3fdc6a28e9b5/E7CD816F81A1BC3DD6BD9018FA3E79B8.wh-letter-on-torture-report.pdf>).

³⁸ <https://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib>

³⁹ La storia della indagine condotta, del rapporto finale e dell'imbarazzo creato, oltre che del chiaro tentativo dell'Amministrazione di limitare l'area delle responsabilità ai pochi militari di rango inferiore e della sola unità militare coinvolta è ampiamente narrata e documentata da Seymour M. Hersh, sul *The New Yorker*, 25 giugno 2007: v. <https://www.newyorker.com/magazine/2007/06/25/the-generals-report>

⁴⁰ "Immaginate se i cittadini americani non avessero mai saputo degli abusi dei prigionieri ad Abu Ghraib. Immaginate non sapere del brutale trattamento dei sospetti terroristi nei siti segreti gestiti dal governo degli Stati Uniti. O del programma dei droni che si espande sotto la presidenza di Obama o le intercettazioni senza mandato durante l'amministrazione Bush. Questo è un mondo senza fuga di notizie riservate". v. Margaret Sullivan, *The Danger of Suppressing the Leaks*, cit. supra n. 11

a vietare la consegna di cittadini americani senza il consenso del governo degli Stati Uniti, potessero basarsi sull'art. 98 dello Statuto della Corte. Un'argomentazione infondata sul piano giuridico perché chiaramente elusiva degli obblighi del trattato, ma che avrebbe chiuso con uno scudo totale ogni possibile responsabilità per i cittadini degli Stati Uniti, che pur hanno rifiutato come Stato la giurisdizione della Corte ⁴¹.

L'esposizione di tali linee della politica governativa, nell'intreccio delle relazioni diplomatiche, è di grande rilevanza per la pubblica opinione che può scorgere la correlazione esiziale tra segreto e garanzia di impunità che rimane la sua sola ragione giustificatrice. Il blocco di documenti riservati che riguardano i cablogrammi diplomatici rende note anche le pressioni non solo su governi di paesi deboli, ma anche su paesi come la Germania e la Spagna, al fine di impedire la prosecuzione di indagini sugli alti livelli della amministrazione americana per gli abusi nella *war on terror*. Ci sono anche le pressioni sull'Italia, unico paese che è però riuscito a condannare agenti della CIA per la *extraordinary rendition* di Abu Omar. Quest'ultima vicenda nostrana, conclusasi notoriamente nei confronti di esponenti dei nostri servizi di intelligence con l'impunità, dopo la presa d'atto a denti stretti da parte della Cassazione delle pronunce della Corte Costituzionale che confermavano la legittimità dell'apposizione del segreto di Stato, pur testimoniando senza precedenti l'azione di una magistratura indipendente, non può purtroppo che essere richiamata nel solco della prevalenza della ragion di Stato, anche nel campo della eclatante violazione dei diritti umani, che le Carte Costituzionali e le Convenzioni dichiarano assoluti. È palesemente una vicenda in cui la prevalenza dell'interesse statale, dietro l'apposizione del massimo livello di segretezza che fa da scudo all'azione di verità della magistratura, è basata sulla sola esigenza di assicurare l'impunità ai responsabili, essendo addirittura l'invocazione del segreto intervenuta su fatti già resi noti. Non basta, l'impunità è comunque assicurata anche agli agenti statunitensi condannati, con la concessione della grazia presidenziale. Più delle Carte dei diritti vale il rapporto diplomatico. La Corte di Strasburgo non si piega e condanna l'Italia, sulla scorta della sua consolidata giurisprudenza, per la evidente violazione dell'art. 3 della CEDU ⁴².

L'attaccamento al segreto continua a essere impulso irrefrenabile, senza preoccupazione per l'immagine delle istituzioni di fronte alle legittime richieste dell'opinione pubblica e delle stesse vittime dei crimini, la cui esposizione integrale, pur senza sanzione, crea evidente imbarazzo per i governi delle nazioni. Mentre si dibatteva all'Alta Corte di Londra del perseguimento delle rivelazioni di Assange, La Corte Suprema degli Stati Uniti ha deciso in maniera sconcertante che il governo può legittimamente reclamare il segreto per ragioni di difesa nazionale, dopo vent'anni, su una vicenda già accertata ed anche oggetto di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti Umani.⁴³ Così, ad Abu Zubayda, il primo prigioniero ad essere sottoposto alle torture legalizzate secondo i protocolli della CIA nelle c.d. tecniche rinforzate di interrogatorio, ancora detenuto a Guantanamo, nonostante sia stato acclarato che erroneamente era stato sospettato di essere un esponente di rilievo di Al Qaeda, è stata negata l'autorizzazione a citare come testimoni i due psicologi cui era stata affidata l'elaborazione e la supervisione di quelle tecniche, in relazione ad un procedimento penale istituito dalle autorità polacche per il perseguimento dei responsabili delle torture. Si sa che sono avvenute in Polonia, come ammesso anche dal governo polacco di fronte alla Corte di Strasburgo che ha condannato lo stato, ma non si deve sapere esattamente dove, il che vale a dire proteggere chi ha commesso quei crimini. ⁴⁴Gli Stati Uniti non solo garantiscono immunità per sé, ma anche per gli

⁴¹ V. le osservazioni a cura di Human Rights Watch che denuncia come illegale il tentativo. L'articolo 98 che prevede che la ICC non possa avanzare una richiesta di consegna che richiederebbe ad uno stato di agire contrariamente ai suoi obblighi convenzionali è stato incluso nello statuto di Roma per garantire una procedura razionale per la consegna di persone sospettate tra stati che cooperano con la Corte, non certo per consentire a uno stato che ha rifiutato di cooperare con la corte di negoziare accordi che assicurino esenzioni per i suoi cittadini o altrimenti minare il funzionamento della corte stessa. V.

⁴² V. in questa Rivista: https://www.questionegiustizia.it/articolo/caso-abu-omar_italia-condannata-dalla-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo_23-02-2016.php

⁴³ V. https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-827_i426.pdf; US Supreme Court. n. 20-827 United States v. Zubaydah, Certiorari to the United States Court of Appeal for the ninth Circuit. Discussa il 6 ottobre 2021, decisa il 3 marzo 2022.

⁴⁴ V. Corte EDU Quarta Sezione, sentenza del 24.07.2014 nel caso EDU HUSAYN (ABU ZUBAYDAH) v. POLAND (ricorso n. 7511/13)

altri che hanno prestato loro “cooperazione”. La decisione della Corte Suprema, presa a maggioranza ristretta e non secondo le consuete linee di appartenenza ideologica, dopo vari tentativi di scorciatoie per evitare la pronuncia, è stigmatizzata nell’opinione dissenziente del giudice di recente nomina trumpiana, Neil Gorsuch, cui si associa la giudice progressista Sotomayor. Senza mezzi termini affermano che “ *si arriva a un punto in cui come giudici non dovremmo ignorare ciò che come cittadini sappiamo essere vero*” e che “ *questo caso ci porta ben al di là di quel punto*”. In realtà, spiegano, l’unica ragione per mantenere il segreto di stato è quella di evitare ulteriori imbarazzi per crimini passati, non altro, e questo è inammissibile, tanto più su fatti già noti alla pubblica opinione, su sui sono stati scritti libri e resoconti. I Giudici non trascurano di menzionare la sentenza di condanna della Corte di Strasburgo che è pronunciata secondo lo standard dell’oltre il ragionevole dubbio ed è basata su un centinaio di pagine di prove ed allegati ⁴⁵.

Il terzo aspetto meritevole di attenzione nel caso Assange riguarda l’interpretazione e il ruolo delle assicurazioni degli stati come garanzia sufficiente in materia di rispetto dei diritti umani nei casi di estradizione. E’ questo il tema su cui si è confrontata la pronuncia dell’High Court che ha annullato la sentenza del Giudice distrettuale che negava la consegna sotto l’esclusivo profilo del pericolo che le condizioni di detenzione di Assange, sia nella fase cautelare, sia in caso di condanna, non sarebbero state compatibili con le sue condizioni di salute psichica, per come erano state accertate nel corso della procedura estradizionale. Il rischio suicidiario era serio e non v’era garanzia altrettanto seria di contenimento nelle prigioni americane. L’extradizione di Assange si sarebbe cioè dimostrata “*oppressive*”, perché lo avrebbe posto in una situazione di prostrazione insostenibile. La precisa disposizione esime il Giudice dall’affrontare la analoga causa ostativa costituita dall’art. 3 della Convenzione EDU, cioè il rischio di sottoposizione a condizioni detentive che nel caso concreto avrebbero integrato il pericolo di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti. La decisione dell’High Court conferma gli accertamenti di fatto del primo Giudice, pur contestati dal governo appellante, ma accetta di considerare un elemento nuovo, introdotto per la prima volta proprio nel giudizio di appello, cioè le assicurazioni formali che gli Stati Uniti si impegnano a escludere per Assange la sottoposizione al regime carcerario duro, nel penitenziario di massima sicurezza cui sarebbe stato destinato. La decisione di liberare Assange è quindi ribaltata e non v’è più alcun ostacolo alla estradizione. ⁴⁶

La sentenza della High Court desta non poche e consistenti perplessità. Ci sono aspetti procedurali che sono stati sottolineati dalla difesa di Assange, nell’ulteriore ricorso presentato alla Suprema Corte che, peraltro, in via definitiva non ha consentito la discussione del caso, non essendo stato ritenuto di interesse generale il punto di diritto sollevato, unica condizione che ne avrebbe consentito l’esame. La difesa ha infatti evidenziato come l’aver accolto le assicurazioni Usa per la prima volta in appello, senza una verifica in un procedimento in cui si assumono prove, sia segno di scarsa comprensione della posta in gioco, oltre che disprezzo per la correttezza del procedimento. Ammettendo l’ingresso di queste assicurazioni in appello si svuota di significato l’udienza e il procedimento di estradizione. L’High Court ha invece escluso che vi fossero profili di slealtà e di

⁴⁵ Gorsuch e Sotomayor concludono: “*alla fine c’è solo un argomento per chiudere questo caso che comincia ad avere senso. Nulla a che vedere con la speculazione che agenti governativi possano accidentalmente spifferare la parola “Polonia”. Niente a che fare con i timori che i giudici non siano in grado di selezionare le rivelazioni su determinate questioni (luoghi, cittadini stranieri) da altre (tecniche di interrogatorio, trattamento, condizioni di isolamento). Davvero sembra che il governo voglia che l’azione intentata sia rigettata perché spera di impedire l’indagine penale polacca ed evitare (o almeno ritardare) ulteriore imbarazzo per misfatti passati. Forse ad un certo livello ciò è abbastanza facile da capire. È duro affrontare i fatti. Sappiamo già che il nostro governo ha trattato Zubaydah brutalmente- più di 80 sessioni di waterboarding, centinaia di ore di seppellimento da vivo, e ciò che ha chiamato “reidratazione rettale”. Ulteriori prove nella stessa direzione possono giacere nelle casseforti del governo. Ma per quanto questi fatti possano essere imbarazzanti, qui non ci sono segreti di stato. Questa Corte ha obblighi verso lo stato di diritto e la ricerca della verità. Non dovremmo lasciare che la vergogna oscuri la nostra visione*”: U.S. v. Zayn Al Abidin Muhammad Husakin aka Abu Zubaydah, cit. pag. 30, opinione dissenziente del Giudice Neil Gorsuch.

⁴⁶ V. la decisione dell’High Court in <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/12/USA-v-Assange-judgment101221.pdf> (al par. 30 il testo della nota diplomatica con le assicurazioni).

compressione del contraddittorio, ritenendo l'introduzione dell'elemento nuovo, cioè le assicurazioni, non una nuova prova (*evidence*) ma una semplice questione (*issue*), così svincolandosi dalla autorità dei precedenti in tema di estradizione che la Difesa di Assange invocava.

Ci sono tuttavia due questioni di natura sostanziale che meritano attenzione per la loro portata generale. Un primo punto è se siano corrette in linea di principio le assicurazioni che gli Stati forniscono nel procedimento estradizionale, rispetto al pericolo di violazione dei diritti umani. La Corte inglese lo esamina in relazione alla legge interna che contempla una causa ostativa alla consegna che può assimilarsi a quella derivante dal divieto imposto dall'art. 3 della Convenzione EDU. Nel caso concreto, le condizioni carcerarie cui Assange sarebbe stato sottoposto avrebbero avuto natura ed effetto di un trattamento inumano o degradante. In materia estradizionale si è sempre guardato con diffidenza alle assicurazioni come elemento per escludere il pericolo di violazione dei diritti umani. Questo approccio è esplicitato nella costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che richiede una verifica concreta e specifica delle particolarità del caso, non solo sotto un profilo della situazione generale di un paese, ma anche considerando le caratteristiche soggettive della persona. Amnesty International ha sempre stigmatizzato la pratica come palesemente elusiva degli obblighi convenzionali al rispetto dei diritti umani, definendole intrinsecamente inaffidabili e contraddittorie, in ciò concordando con la posizione da sempre espressa dagli organismi istituzionali, quali il Comitato contro la Tortura dell'ONU⁴⁷. La tutela dei diritti umani affidata alla diplomazia introduce termini di compromesso invece che assolutezza, come s'imporrebbe. Le assicurazioni non sono infatti strumenti il cui rispetto può direttamente essere invocato e attivato dall'interessato, anche quando siano previste modalità di monitoraggio sulla corretta esecuzione.

Nel caso di Assange la questione assume contorni ancor più evanescenti. La Corte non evita certo il problema ed anzi ne coglie il punto essenziale: non accettare le assicurazioni vorrebbe dire che gli Stati Uniti non sono in buona fede o offrono garanzie che non possono essere accettate per quello che dicono. Questa è un'accusa grave, che la Corte non si sente di sostenere nei confronti di un paese che ha una tradizione di rapporti onorati da oltre centocinquanta anni. Alle obiezioni di casi in cui le assicurazioni sarebbero state violate in qualche modo, si risponde che al più si è data una interpretazione restrittiva del loro tenore letterale.

La Corte non si smuove dalla presunzione di fiducia neppure di fronte, nel caso concreto, ad una formulazione della garanzia che è espressa in modo così ambiguo da rasentare un paradosso da comma 22. Le assicurazioni fornite, infatti, escludono la possibilità che Assange sia sottoposto al regime speciale di massima restrizione (SAM) o che venga detenuto presso il carcere di massima sicurezza (ADX), sia in attesa di giudizio, sia in caso di condanna, a meno che lo stesso non commetta in futuro qualsiasi atto che renda necessaria tale condizione di detenzione. Neppure tale paralizzante condizione induce a riflessione. C'è poco da discutere rispetto alla conclusione raggiunta dall'Alta Corte, perché si pone in deciso contrasto non solo con precedenti più rigorosi nella stessa giurisprudenza domestica, ma anche, con quella della Corte di Strasburgo che, in pronunce rese proprio nei confronti del Regno Unito per quanto riguarda il rispetto degli obblighi dell'art. 3 della CEDU, anche quando in linea di principio aveva ammesso la possibilità di accettare assicurazioni, aveva imposto un vaglio rigoroso nel caso concreto⁴⁸. Non può sfuggire l'elusione del problema nel caso Assange, perché sono le sue accertate condizioni di vulnerabilità il criterio di valutazione della intollerabilità di forme di detenzione che ne indurrebbero l'aggravamento. Questo vale non solo con riguardo alle modalità di detenzione nei regimi speciali di massima sicurezza – peraltro ancora non

⁴⁷ V. Amnesty International, *Diplomatic Assurances against Torture – Inherently Wrong, Inherently Unreliable*, 28 aprile 2017: <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/6145/2017/en/> ; cfr. anche: Human Rights Watch, "Empty Promises": Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture, April 2004, Vol.16 No.4 (D), <https://www.refworld.org/docid/415c039b4.html> .

⁴⁸ Il riferimento obbligato è al caso *Othman (Abu Katada) c. United Kingdom* (ricorso n. 8139/09) IV Sezione, 17 gennaio 2012 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-108629%22%5D%7D> , cui si è appellata più volte la Difesa di Assange per rimarcare il discostamento dai criteri minimi di valutazione indicati nella pronuncia. Si tratta di criteri indicativi perché la Corte di Strasburgo è chiara nell'affermare un approccio caso per caso: v. al par. 186: "non è compito di questa Corte pronunciarsi sulla proprietà del ricorso alle assicurazioni o sulla loro durata, o stabilire gli effetti a lungo termine nel far ciò: il suo unico compito è esaminare se le assicurazioni ottenute in un particolare caso sono sufficienti a rimuovere ogni rischio reale di maltrattamenti".

escluse in maniera incondizionata- ma per altre forme di detenzione, diffusissime negli Stati Uniti, in cui l'isolamento ha un ruolo non secondario e che avrebbero dovuto essere specificate e individuate in rapporto alle condizioni personali di Assange. Sul punto la motivazione della High Court si lancia in una interpretazione letterale della prima pronuncia, tutt'altro che persuasiva a fronte dell'ampia istruttoria condotta dal primo Giudice, per limitarne la portata della *ratio decidendi* al solo regime di massimo rigore.

E' in certo modo sconcertante che l'High Court, dopo aver confermato la sostanziale equivalenza della causa ostativa prevista dalla legge inglese riconosciuta dal primo Giudice con quella fornita dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti Umani, non rilevi il chiaro contrasto con i principi affermati dalla Corte di Strasburgo per cui il divieto di estradare o espellere una persona a rischio di essere sottoposta a trattamenti inumani o degradanti deve essere assoluto e comunque indipendente dal comportamento del soggetto o dalla sua asserita pericolosità. Viene d'obbligo ricordare il caso Saadi c. Italia, in cui il Regno Unito era terzo interveniente. Si trattava della espulsione di un cittadino tunisino condannato per reati legati al terrorismo, in presenza di assicurazioni fornite dallo stato di destinazione. Il Regno Unito aveva sostenuto la tesi di un bilanciamento tra la pericolosità del soggetto e quindi il rischio posto per la collettività e quello della sua sottoposizione a trattamenti in violazione dell'art. 3 della Convenzione. Netta è la posizione della Corte nel respingere questa tesi, che ricorda essere già stata respinta in un precedente caso, dal momento che "Il «rischio» e la «pericolosità» non si prestano, in questo contesto, ad un esercizio di ponderazione poiché si tratta di nozioni che non possono che essere valutate indipendentemente l'una dall'altra. La prospettiva che la persona costituisca una minaccia grave per la collettività se viene espulsa non diminuisce affatto il rischio che essa subisca dei maltrattamenti se viene respinta". E il Giudice Zupancic, sostenendo la necessità di leggere l'art. 3 come un imperativo categorico che protegge i diritti dell'individuo conclude: "l'unica maniera per uscire da questa necessità logica sarebbe affermare che tali individui non meritano di vedere protetti i loro diritti umani - è in una minor misura quello che l'intervento di terzi sottintende inconsciamente -perché sono meno umani"⁴⁹.

Non può seriamente sostenersi che l'assicurazione del governo degli Stati Uniti corrisponda a questo standard, facendo già riferimento alla possibilità di un cambio di regime carcerario, quello che dice di voler evitare, eventualmente ripristinandolo a causa del comportamento del soggetto⁵⁰.

Il ricorso alle assicurazioni non è tema casuale nella giurisprudenza del Regno Unito nei casi di estradizione o di espulsione. La interpretazione a maglie larghe ha radici solide e lo stesso Comitato Onu contro la Tortura ha raccomandato al Regno Unito di non ricorrere e accettare quello strumento⁵¹. Le critiche tuttavia vengono anche dall'interno. Nel 2015 è stata pubblicata la relazione finale delle indagini svolte dal Comitato parlamentare ristretto della Camera dei Lords, in merito all'applicazione della legge estradizionale del 2003. In quell'occasione il Comitato esprimeva dubbi sulla prassi corrente dell'utilizzo di tali assicurazioni per la effettiva tutela dei diritti umani⁵². Venivano specificamente evidenziate diverse criticità in relazione alle estradizioni verso gli Stati Uniti, il cui sistema giudiziario, secondo le prove raccolte nell'indagine del Comitato, presentava

⁴⁹ Saadi contro Italia, Grande Camera, 28/02/2008, ric. 37201/06. V. al par. 139 e al punto 2 della opinione concorrente del Giudice Zupancic. Il precedente contro le tesi del Regno Unito e il caso Chahal c. Regno Unito, Grande Camera, 15 novembre 1996, ric. 22414/93.

⁵⁰ Se si aggiunge che la supervisione del trattamento carcerario sarà affidata proprio alla CIA, al suo capo attuale, Gina Haspel, già responsabile della supervisione di un luogo segreto di detenzione in Thailandia, ove si sono praticate i trattamenti costituenti tortura che Assange ha contribuito a rivelare, le assicurazioni appaiono una provocazione.

⁵¹ V. il 5° rapporto del CAT pubblicato il 24 giugno 2013, al par. 18 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/398272/cat-c-gbr-cco-5-16598-e.pdf

⁵² "Siamo preoccupati del sistema di accettare assicurazioni per controbilanciare il rischio che l'estradizione si risolva in abuso dei diritti umani. Sebbene la nostra conclusione sia che le Corti sono efficaci nell'effettuare il bilanciamento tra la protezione dei diritti umani e l'interesse pubblico dell'amministrazione della giustizia attraverso il procedimento estradizionale, non crediamo che il sistema di ricercare, accettare e monitorare le assicurazioni fornisca sufficiente sicurezza che il Regno Unito assolva i suoi obblighi di tutela dei diritti umani. Crediamo ci sia bisogno, con le parole del Ministro dell'Interno, di "maggiori assicurazioni alle assicurazioni", così la sintesi della ricerca espressa dallo stesso Comitato: v. <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldextradition/126/126.pdf> pag. 1 e pagg. 18-30

aspetti di particolare preoccupazione. Il potere enorme dei procuratori e la conseguente pressione al patteggiamento sotto la minaccia di sanzioni severe e la prosecuzione dello stato di detenzione cautelare, talora come risultato della opposizione del soggetto alla richiesta di estradizione e, comunque, le condizioni di detenzione particolarmente dure, sono i principali problemi emersi. Sebbene si ricordi che anche questi aspetti del sistema americano siano stati giudicati compatibili dalla stessa Corte di Strasburgo con la CEDU, il Comitato rivolge particolari raccomandazioni affinché nei casi concreti quella compatibilità sia verificata dalle Corti e non ritenuta in modo automatico, per affidamento. Il Comitato si spinge a richiedere passi concreti perché, al di là della compatibilità con quegli standard, che devono essere la base per la valutazione rimessa ai Giudici, il governo tenga in considerazione che l'esperienza concreta in molti casi lascia la percezione diffusa della eccessiva durezza di certi trattamenti cui sono sottoposti gli estradati negli Stati Uniti ⁵³. La pronuncia dell'High Court nel caso Assange, anche a fronte degli accertamenti di fatto che non sono messi in discussione, è in rotta di collisione con questo ragionevole approccio e assume contorni che al più troverebbero spazio nella valutazione politica successiva alla fase giurisdizionale.

Per il vero anche la nostra Corte di Cassazione si è mostrata più volte riluttante a mettere in discussione nella materia estradizionale le informazioni e le assicurazioni che provengono dagli Stati Uniti, specialmente in tema di trattamento sanzionatorio e condizioni di detenzione ⁵⁴.

Nonostante le criticità più volte denunciate e che emergono puntualmente in sede giurisdizionale il sistema penale statunitense pare ancora protetto da una intangibile aura connessa al credito internazionale della nazione, che tuttavia resiste come modello ideologico più che reale. Non è facile liberarsi da questa visione che vale la pena confinare nell'ambito dell'eccezionalismo americano, non potendosi evitare di riconoscere che troppe caratteristiche di quel sistema lo allontanano dallo standard che è costruito sia pur faticosamente con riferimento alla Convenzione EDU.

La reazione seguita al trauma degli attentati dell'11 settembre 2001 costringe a cambiare la narrativa sulle democrazie occidentali e in particolare sugli Stati Uniti, nel loro asserito ruolo di *leader* nella espansione dello stato di diritto. Si è dimostrato che quando lo Stato si sente sotto attacco, non esita a negare i suoi principi fondativi, tornando sempre più a una concezione della democrazia di tipo protoliberal, dove la garanzia dei diritti si restringe ad una cerchia ristretta di cittadini. Si è visto non più, o non solo, il sostegno alle dittature e alla costante violazione di diritti umani degli altri e per procura, ma il diretto e generalizzato uso della tortura in prima persona. I documenti filtrati e diffusi da Assange consentono di aprire gli occhi sulla realtà delle guerre, sul loro costo effettivo in termini di uccisioni, sulla loro necessità e causa, sulla straordinaria competenza e facilità con cui si

⁵³ Cfr. il rapporto del Comitato, cit. supra, alle pagg. 100-107, spec. Paragrafi 415-16, 420, 421-426, 440-43; *“Gran parte delle prove che abbiamo ricevuto su aspetti del sistema giudiziario statunitense sono preoccupanti. Alcuni dei*

resoconti che abbiamo ricevuto da coloro che erano stati estradati negli Stati Uniti erano, in alcuni punti, piuttosto disturbanti. I rischi di tali esperienze sono inerenti all'extradizione in qualsiasi giurisdizione straniera, anche se siamo preoccupati che alcune condizioni e procedure negli Stati Uniti potrebbero non essere sempre degne della tacita approvazione che l'extradizione implica”: par. 440. La risposta del Governo, giunta puntualmente è però del tutto inconcludente: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/44692/8/50689_Cm_9106_Government_Response_to_Lords_WEB_accessible.pdf

⁵⁴ L'infrazione di pene consecutive che si avvicinano a un ergastolo di fatto o lo stesso ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale (*life without eligibility for parole*) sono giustificate ancora dalla Cassazione sulla base della sola possibilità di mitigazioni dovute a decisioni pienamente discrezionali affidate a autorità governative o politiche. Di recente anche la Corte Edu è intervenuta per bloccare, infruttuosamente, l'extradizione in un caso del genere (*MacCallum v. Italy*, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-210410%22%5D%7D>). La discussione del caso davanti alla Grande Camera si è svolta il 23 febbraio 2022, ma l'extradizione è già eseguita. La sentenza della Cassazione: <https://osep.jus.unipi.it/wp-content/uploads/2022/02/sentenza-Cassazione-7262.2021.pdf>

è perpetrato il crimine osceno della tortura che le nazioni avevano ritenuto incompatibile con lo stato di diritto e con l'inviolabile dignità umana sancita nelle Carte Costituzionali e nelle Convenzioni.

Si dovrà dimostrare a distanza di molti anni quali sono stati i danni causati dalle rivelazioni di Assange, per quanto, su questo punto fondamentale per la prova dei reati, gli elementi a sostegno appaiono piuttosto vaghi, nella pur consistente documentazione allegata alla richiesta estradizionale. Come vanno denunciando i difensori, neppure un solo esempio concreto è stato rivelato. D'altronde, la discovery integrale del materiale probatorio prima del giudizio non è cosa da processo accusatorio, come dimostra la scomparsa del giudizio negli Stati Uniti, in favore del patteggiamento, nella prospettiva di evitare il prolungarsi della detenzione e l'irrogazione di pene sproporzionate che derivano dalle imputazioni discrezionalmente contestate dai procuratori e su cui il Giudice non può intervenire, se non eccezionalmente⁵⁵. Non c'è infatti da illudersi: il processo sarà celebrato con Assange in custodia preventiva, ancora per lungo tempo. Più il tempo trascorre, tuttavia, più sarà difficile contenere la portata delle indiscriminate previsioni normative contestate e applicarle con una doverosa prova della concretezza dell'asserito danno procurato. Soprattutto in un caso come questo, i principi astratti elaborati a livello costituzionale dalla giurisprudenza della Corte Suprema americana, che già hanno dimostrato in passato di essere travolti nella pratica applicazione nelle aule di giustizia, rischiano di non proteggere adeguatamente la libertà di espressione e questo è già un danno irreversibile. La magistratura inglese non ha osato affermare che gli Stati Uniti non potranno assicurare un processo equo ad Assange, forse comprensibilmente perché la sede estradizionale non consente l'esame nel merito delle questioni, ma non è infondato il timore che nell'attuale assetto la Corte Suprema sia più incline a negare che a tutelare o ampliare diritti e che sia sempre più sensibile e prona alle convenienze dei governi in materia di difesa e sicurezza nazionale.⁵⁶

C'è invece la prova del beneficio che le rivelazioni dei segreti hanno prodotto, perché è vero che si è saputo prima quello che, seppure parzialmente, è stato ammesso ufficialmente molto tempo dopo e si è potuto smascherare l'ipocrisia su cui si regge la predicazione del rispetto dei diritti per gli altri. Si è capito che il segreto è apposto non per tutelare vite, ma per nascondere crimini, per assicurare impunità. Senza la conoscenza di quanto i governi nascondono ai cittadini, non sarebbe stato possibile reagire e richiedere di riprendere il cammino sotto la guida della legge. Senza abbattere lo schermo del segreto non sarebbe stato possibile svelare quanto si nascondeva anche dietro l'affronto maggiore alla democrazia, cioè il tentativo di legalizzare la tortura torturando le stesse leggi che la bandivano. I protocolli delle *enhanced interrogation techniques*, basati sui pareri legali che tentavano lo sforzo impossibile di escludere le pratiche disumane dalle nozioni codificate di tortura, erano allo stesso tempo espressione della consapevolezza che di tortura si trattasse, tanto da richiedere anche quel travisamento linguistico, da utilizzarsi nella comunicazione.⁵⁷ Ma a dimostrazione di quanto

⁵⁵ La realtà è presto detta, come riconosce la Corte Suprema: *“il patteggiamento non è un qualche accessorio del sistema penale, è il sistema penale”* (Missouri v. Frye, 21 marzo 2012) in <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-444.pdf>, pag. 7, per quanto solo nel 1970 nel caso Brady v. United States, ne venga esplicitamente riconosciuta la costituzionalità. Le statistiche attestano nel complesso una percentuale tra il 94 e il 97% dei casi definiti con il patteggiamento con la conseguenza della assoluta marginalizzazione dei giudizi. V. Cynthia Alkon, *The U.S. Supreme Court's Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Lafler and Frye*, 41 Hastings Const. L.Q. 561 (2014) p. 562. <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=facscholar>. Il patteggiamento può essere sulla pena, sulle imputazioni o su entrambe, tenendo conto dell'effetto dei limiti edittali particolarmente elevati in molte norme. *“I procuratori hanno virtualmente una discrezionalità incontrollata per addebitare pene più o meno severe per gli stessi fatti. Possono penalizzare gli imputati che rifiutano le offerte aggiungendo aggravanti e così elevando significativamente il periodo di carcerazione per la condanna”*. (p. 582). Chi sceglie di esercitare il diritto al processo riceve in media pene fino a quattro volte superiori a quelle con il patteggiamento (ibidem p. 604).

⁵⁶ Cfr. ancora Elisabetta Grande, *“I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, cit. pag. 61. *“[Negli Stati Uniti] È tuttavia proprio nei momenti in cui la sua reale portata viene messa alla prova, perché più alti sono i costi che la sua garanzia richiede, che il diritto alla libera manifestazione del pensiero critico perde drammaticamente effettività. Un diritto dunque declamato, ma al momento davvero buono non applicato”*.

⁵⁷ Sono i cc.dd. Torture Memos del 2 agosto 2002, che giustificavano le tecniche di interrogatorio della CIA, elaborati da John Yoo, oggi professore alla Università di Berkeley e Jay Bybee, nominato Giudice di una Corte d'Appello nel 2013, prima tuttavia che venisse reso noto il suo ruolo nella stesura del documento.

vera sia la china pericolosa della relativizzazione del divieto, nella realtà sul campo si è andati, nelle atrocità compiute, anche oltre le tecniche autorizzate ⁵⁸. I files rilasciati da Wikileaks svelano la maggiore mistificazione che la propaganda della CIA per lunghi anni ha fatto filtrare alla stampa e cioè che quelle tecniche fossero necessarie perché funzionavano e producevano informazioni di valore. In realtà il panorama che emerge, dalle schede del trattamento dei detenuti pubblicate, è quello del confinamento di prigionieri che non potevano dire nulla di affidabile sotto tortura, perché nulla potevano sapere in quanto catturate sulla base di informazioni a loro volta inaffidabili, quando non per errore.

Le vittime innocenti e le uccisioni inutili sono la cifra di ogni guerra, come si è potuto vedere quando Wikileaks ha pubblicato quel video ormai famoso sulla guerra in Iraq, un video che mostra il fuoco diretto dai soldati americani a bordo di un elicottero su civili, uccidendo 12 persone, fra cui due giornalisti e ferendo bambini. “Collateral murder” è il titolo emblematico e provocatorio. Ma l’espressione mistificatoria di *collateral damages* ha continuato ad essere usata negli anni. Pochi giorni dopo la pronuncia dell’High Court contro Assange, il NYT svela il costo dei “danni collaterali” nelle incursioni aeree durante la guerra all’ISIS in Siria e Iraq, specie con l’uso di droni. ⁵⁹ Obiettivi errati, informazioni poco ponderate, decisioni deliberatamente azzardate. Le vittime civili (alta la percentuale di bambini) sono migliaia. I droni e la tecnologia soppiantano la tortura, allontanano la vittima dall’aguzzino, che non ha neppure l’imbarazzo di vedere la sofferenza ⁶⁰. Uno schema ordinario, accettato, eppure nascosto, negato, minimizzato dall’esercito, in linea di continuità con ciò che aveva esposto Assange, che aveva così aperto una finestra, lasciando che si vedesse che l’impensabile poteva essere l’ordinario.

D’altra parte, non può dirsi raggiunto l’obiettivo di Assange e di Wikileaks, se mai può intendersi, cioè quello di produrre cambiamenti attraverso la trasparenza totale, quello di spostare equilibri anche nel mondo della comunicazione e della informazione, perché il pubblico possa giudicare senza condizionamenti. Il tentativo di espandere la democrazia in questa direzione ha provocato una reazione contraria, perché il segreto resiste e vuole la sua rivincita anche sul corpo di Assange. Emergono, tuttavia, in tutta la loro evidenza una profonda crisi e un declino dell’egemonia culturale e valoriale degli USA. È in gioco la tutela di un pilastro democratico, la libertà di parola e stampa, la più vitale nella costituzione americana. Vitale sì, ma sempre meno capace di veicolare il dissenso e di attaccare i santuari in casa propria. Lo schema è antico come il mondo, si tratta di creare un nemico. Ecco la premessa per creare leggi speciali, per sospendere garanzie, ma più spesso per utilizzare strumenti ordinari piegandoli ad altri fini, come la storia dell’Espionage Act ha dimostrato

(v. in <http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf>, e in “The Torture Memos: Rationalizing the Unthinkable”, pp. 41-27 David Cole ed. 2009). Sebbene nei confronti di Yoo e Bybee si siano avanzate richieste di procedimenti disciplinari e penali, è chiaro che non potevano che essere i primi naturali destinatari della scelta dell’impunità.

⁵⁸ Il rapporto finale dell’indagine del Senato USA del 2014 rivela, ad esempio, la pratica della “reidratazione rettale”, inflitta ai prigionieri che non compare fra le tecniche autorizzate. Eric Fair, autore del libro memoria (*Consequence. A Memoir*, 2016 Henry Holt & Co, New York) – sottoposto a revisione della CIA con conseguente oscuramento di alcune parti - lavora in Irak fino al maggio 2004, per un’agenzia che ha in appalto gli interrogatori dei prigionieri ad Abu Ghraib e Falluja. Testimonia l’impiego di strumenti che richiamano l’armamentario medievale della tortura. Si tratta della “sedia palestinese”, il cui uso e relativo nome parrebbero essere stati appresi dai militari israeliani. Uno strumento efficace per vincere la resistenza non solo fisica, ma soprattutto mentale dei prigionieri: si tratta di una rudimentale sedia di compensato e legno alta circa 60 cm, dotata di fascette per legare le mani e costringere la persona in una forzata posizione accucciata. Il dolore che provoca è “spaventoso”. Fair ha riferito ciò che ha visto e fatto nell’ambito di una indagine poi aperta dal DOJ, ma ha capito subito che si sarebbe inevitabilmente conclusa nel nulla.

⁵⁹ “Non c’erano aerei telecomandati nel medio evo...ma c’erano gli assassini. “Assassino” infatti è un’espressione medievale; la parola cominciò a diffondersi durante le Crociate, deriva da “hashish”. Indicava un musulmano mandato in missione come sicario per uccidere. Il passato è spesso rappresentato come buio, una prigione, una tomba; il futuro, luminoso, un cielo azzurro, una nave spaziale. Questa è un’eredità dell’illuminismo, con la sua fede nel progresso, nella ragione e nella legge. Parte del terrore dell’11 settembre è stato lo sfavillante grattacielo che diventa una tomba, l’apparente marcia indietro del tempo, l’orrore dell’insensato. Che dire allora se l’assassino diventa una macchina volante senza un uomo alla guida?”: Jill Lepore, *The Dark Ages, Terrorism, Counterterrorism and the Law of Torment*, in *The New Yorker*, 18 marzo 2013.

⁶⁰ <https://www.nytimes.com/interactive/2021/12/18/us/airstrikes-pentagon-records-civilian-deaths.html>

nel suo impiego per la soppressione del libero pensiero. Purtroppo, questo secolo è cominciato con un percorso ulteriore, negando qualsiasi parvenza di legge al nemico, privato anche della minima protezione delle leggi della guerra, concepite fin dai tempi remoti di Ugo Grozio. Sono stati creati gli *enemy combatants*, confinati in un luogo senza spazio e senza diritto, di cui non ci si riesce a sbarazzare né fisicamente né dalla coscienza. Ci sono volute ben quattro sentenze della Corte Suprema per affermare definitivamente l'habeas corpus per i detenuti a Guantanamo, il diritto fondamentale su cui si è costruita la cultura giuridica che ha frapposto la legge al potere sovrano di disporre della libertà e della vita dell'individuo ⁶¹.

Non si può finalmente evitare il riferimento all'attualità della guerra in corso in Europa, troppo vicina e per di più ripresa in diretta, senza margini per apporre segreti e oscurarla. Qui si inserisce tuttavia un altro più potente strumento, che diventa caratteristica ancor più strategica della guerra che è stata denominata ibrida. L'informazione diventa terreno di battaglia. Non è la sola propaganda o la censura tipica, ma è la disseminazione delle false informazioni, accanto alla chiusura totale dei circuiti informativi. Gli orrori si possono nascondere, anche per tanti anni, ma quando sono visibili occorre negarli. I destinatari di queste operazioni sono sempre i cittadini, la pubblica opinione del cui sostegno i governi hanno bisogno per sopravvivere. Sarebbe sbagliato, tuttavia, pensare che l'aggressione deliberata e sistematica alla popolazione civile, quindi la commissione di crimini contro l'umanità, cui si assiste nel conflitto seguito all'invasione dell'Ucraina, possa suscitare minori indignazione ed esecrazione perché è il portato inevitabile della guerra e soprattutto perché l'Occidente democratico, anche grazie alle informazioni rivelate da Wikileaks e dalla libera stampa, è capace di eguali atrocità. La fuga di notizie che consente, per quanto in via impropria, anche illegale, la libera informazione al pubblico è il segno che gli abusi commessi in segretezza e coperti non sono condivisi, perché contrastano con i valori che sono vissuti dai più e non solo proclamati. Non pochi sono stati i militari dell'esercito o i funzionari dei servizi che nelle guerre si sono opposti alle direttive che li conducevano a oltrepassare il limite, perché avvertivano che tutto ciò era "Unamerican". Certo questo sentimento contrastava con quello che alla fine è prevalso: nessun governo è caduto o è stato messo in discussione per gli abusi commessi nelle guerre dichiarate, anche dopo la loro esposizione alla pubblica opinione. Ma il circuito della democrazia è attivato, emergono le contraddizioni e si genera il confronto delle idee e delle opinioni, quel conflitto che è il cuore pulsante della democrazia. Se non si deve tollerare, per difendere i principi e il diritto, l'invasione dell'Ucraina, legittimando l'aggressione della Federazione Russa, per quanto già colpevolmente ignorata al suo inizio nel 2014, dietro il camuffamento di soldati senza insegne, non può tollerarsi che chi invoca quei principi non si batta con analoga convinzione contro l'aggressione alla libertà di pensiero e di critica. È libertà poter denunciare il bombardamento deliberato di ospedali da parte di jet russi in Siria, come aveva fatto, con inequivoca indagine e documentazione, il New York Times, mostrando in anteprima, nella indifferenza dei più, quello che si ripete nella attualità ⁶². Ma è l'altra faccia della libertà, quella di denunciare i crimini e le trame che commettiamo noi da questa parte del mondo ad essere la enorme posta in gioco nel caso Assange ed è la credibilità stessa del diritto.

⁶¹ Sono le decisioni: Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004); Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006); Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008)

⁶² <https://www.nytimes.com/2019/10/13/world/middleeast/russia-bombing-syrian-hospitals.html?searchResultPosition=1>