

Avvisaglie di un nuovo “maccartismo”: il caso Mehanna e l’evoluzione (o involuzione?) della dottrina sulla libertà di espressione negli Stati Uniti*

di Matteo Monti **
(15 ottobre 2014)

Lunedì 6 ottobre la Corte Suprema degli Stati Uniti d’America¹ ha negato il *writ of certiorari* a Tarek Mehanna, cittadino americano condannato in base al disposto del 18 U.S. Code §§ 2339A - 2339B², che sanziona il supporto materiale a determinate organizzazioni terroristiche, ricomprese in un apposito elenco del Dipartimento di Stato³, per aver fornito *political advocacy* al movimento terroristico Al-Qaeda. La disciplina normativa prevede infatti l’integrazione del reato di *material support* alle FTO (*Foreign Terrorist Organizations*), anche mediante i meri discorsi politici (*political advocacy*) che siano posti in essere da membro del gruppo terroristico o da soggetto *in coordination* con lo stesso. Lo statuto tende quindi a criminalizzare determinate forme di *hate speech*⁴, ponendosi in contrasto con la tradizione democratica americana che tutela anche i discorsi odiosi politici filo-terroristici⁵.

L’ordinamento statunitense ha infatti fornito una singolare risposta alla limitazione dell’*hate speech* nel proprio sistema giuridico, in ossequio alla *preferred position* garantita dal Primo Emendamento alla libertà di pensiero: il discorso politico, anche odioso⁶, trova il suo fondamento nel contributo che può fornire al *marketplace of ideas*, ossia l’arena pubblica dove tutti i cittadini possono, attraverso il *public discourse*⁷, espressione della *self-governance*, plasmare l’immagine della società e dello Stato. La base teorico-concettuale

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 <http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/100614zor.pdf>

2 La storia legislativa di questa disciplina normativa ha radici antiche, in quanto la norma nasce con il TWEA (*Trading with the Enemy Act*) nel 1917 per contrastare il commercio con i paesi belligeranti e subisce successive e numerose modifiche nel corso di tutta la storia recente statunitense. Nel 1994, dopo il primo attacco al World Trade Center, viene formulato il § 2339 A e, a seguito della recrudescenza del terrorismo islamico, nel 1996 si aggiunge il § 2339 B. Ulteriori modifiche ai predetti paragrafi sono poi apportate dal *Patriot Act* nel 2001 e dall’ *Intelligence Reform and Terrorist Protection Act* (IRTPA) del 2004. Cfr. CHESNEY, ROBERT M., «The Sleeper Scenario: Terrorism-Support Laws and the Demands of Prevention», *Harvard Journal on Legislation* 42 (2005), pp. 1-89.

3 Cfr. BUREAU OF COUNTERTERRORISM. «Foreign Terrorist Organizations». *U.S. Department of State*. <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm>.

4« (...) discorso che esprime odio o intolleranza di altri gruppi sociali». Oxford English Dictionary, <http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50103052>.

5 «The American view is, by definition, in tension with the idea of prohibiting speech - even if it provides support to terrorism - if the prohibition is content-based». BARAK-EREZ, DAPHNE e SCHARIA, DAVID, «Freedom of Speech, Support for Terrorism, and the Challenge of Global Constitutional Law», *Harvard National Security Journal* 2 (2011), pp. 1-30, p. 14.

6«And our free speech, to adopt a term from ancient cynic philosophy, tends to express itself as "parrhesia" -as speech that is not just about the sober expression of opinions, but also about the free and aggressive display of disrespect». WHITMAN, JAMES Q., «Enforcing Civility and Respect: Three Societies», *The Yale Law Journal* 109 (2000), pp. 1279-1398, p. 1397.

7POST, ROBERT C., «The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell», *Harvard Law Review* 103 (1990), pp. 601-686, p. 684.

che sottende questa idea è quella della ricerca della verità⁸, o meglio, in termini meno assoluti, di una *weltanschauung* più adatta e confacente alla coscienza di un'epoca e del momento storico in cui si vive: «ogni conflitto provocato dalla realizzazione della libertà non può che essere apparente e temporaneo, in realtà foriero delle migliori soluzioni possibili per il sistema nel suo complesso»⁹.

Un altro fondamento tradizionale, di carattere sociologico, della “libera espressione dell'odio”, da tenere presente, si ritrova nella *safety-valve*: il discorso odioso svolgerebbe una funzione catartica¹⁰ utile a scongiurare l'esplosione della rabbia sociale che potrebbe derivare dalla censura di un pensiero politico, soprattutto in relazione a quelle minoranze politiche o etnico religiose che non riescono a conseguire una vittoria elettorale nel circuito democratico¹¹.

La normativa in esame prevede una limitazione del *free speech* che si distacca dalla consolidata giurisprudenza in materia di *hate speech*, in quanto il sistema americano dopo la sentenza *Brandenburg v. Ohio*¹² garantisce la diffusione di tutti i *political speech*, nei quali senz'altro può essere iscritto l'*advocacy* in favore di un'organizzazione terroristica, col solo limite del pericolo concreto così come costruito nella teoria dell'*imminent lawless action test*¹³, ultima “versione” giurisprudenziale del *clear and present danger test* holmesiano¹⁴.

Nella decisione *Holder v. Humanitarian Law Project*¹⁵ (Hlp) del 2010 la Corte Suprema aveva per la prima volta valutato la normativa del *material support* e riaffermato la costituzionalità dello Statuto in relazione al Primo Emendamento, in quanto la disciplina normativa in oggetto non sanzionava l'*independent advocacy*¹⁶, ossia il discorso posto in essere da soggetto non membro delle FTO, né agente in coordinamento con la stessa¹⁷.

8 Cfr. VOLOKH, EUGENE, «In defense of the marketplace of ideas / search for truth as a theory of free speech protection», *Virginia Law Review* 97 (2011), pp. 595-601.

9 STRADELLA, ELETTRA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, Giappichelli editore, 2008, p. 275.

10 EMERSON, THOMAS I., «Toward a General Theory of the First Amendment», *The Yale Law Journal* 72 (1963), pp. 877-956, p. 885.

11 GEY, STEVEN G., «The First Amendment and the dissemination of socially worthless untruths», *Florida State University Law Review* 36 (2008), pp. 1-22, p. 10.

12 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

13 Si tratta in sintesi di un reato di pericolo concreto, che impone al giudice di valutare la volontà dell'incitamento / istigazione dello speaker, dell'imminente pericolo che ne derivino violenze o atti *contra legem* e dell'attenta valutazione del caso concreto.

14 Per un approfondimento sull'evoluzione giurisprudenziale del test si veda STRADELLA, ELETTRA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, Giappichelli editore, 2008.

15 *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010).

16 «Independent advocacy that might be viewed as promoting the group's legitimacy is not covered». Opinion of the Court, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010).

17 «Congress has not, therefore, sought to suppress ideas or opinions in the form of “pure political speech.” Rather, Congress has prohibited “material support,” which most often does not take the form of speech at all. And when it does, the statute is carefully drawn to cover only a narrow category of speech to, under the direction of, or in coordination with foreign groups that the speaker knows to be terrorist organizations». Opinion of the Court, *Holder v. Humanitarian*

La Corte in tale decisione aveva accantonato completamente il test della Brandenburg¹⁸, limitandosi a sancire la garanzia della libertà di pensiero politico nella sola forma dell'*independent advocacy*, legittimando negli altri casi la costruzione di un reato di pericolo astratto, i cui unici requisiti per l'integrazione sono la consapevolezza della natura terroristica di un'organizzazione e il vincolo associativo o il coordinamento con la stessa. Peraltro il caso di specie della sentenza *Hlp* non permetteva, secondo la Corte, un'attenta analisi della limitazione statutaria della libertà di espressione¹⁹, in quanto esso riguardava soprattutto condotte non di mera espressione. La dottrina statunitense non aveva mancato di vedere nella decisione una forte *deference* della Corte verso le soluzioni legislative²⁰ - o perlomeno un certo pragmatismo²¹ - teso alla salvaguardia degli interessi nazionali nella lotta al terrorismo.

Proprio nell'apparente discrasia fra disciplina statutaria e libertà di espressione tutelata dal Primo Emendamento si colloca il recente caso giurisprudenziale *Mehanna v. U.S.*²².

Il caso *Mehanna* ha suscitato un acceso dibattito all'interno della dottrina e della società americana²³ in relazione alla possibilità di limitare l'ingresso al *marketplace of ideas* a discorsi politici correlati al fondamentalismo islamico. Malgrado la varietà di organizzazioni presenti all'interno della lista FTO risulta infatti palese, in relazione al numero di casi giurisprudenziali e alla ricostruzione post 11 settembre della disciplina del *material support*, che le organizzazioni terroristiche che si vogliono colpire sono quelle di matrice jihadista, che rappresentano la componente largamente maggioritaria all'interno della lista

Law Project, 561 U.S. 1 (2010).

18 La dottrina statunitense aveva letto questo distacco dalla passata giurisprudenza come sinonimo di "errore" o unicità in senso negativo della decisione. Cfr. «This decision is thus the only non-overruled majority opinion upholding a content-based speech restriction under strict scrutiny». VOLOKH, EUGENE, *Humanitarian Law Project and Strict Scrutiny*. 21 Giugno 2010. <http://www.volokh.com/2010/06/21/humanitarian-law-project-and-strict-scrutiny/>. «Such dramatic departures from precedent suggest that the decision was wrongly decided». COLE, DAVID, «The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine», *Harvard Law & Policy Review* 6 (2012), pp. 147-177, p. 176.

19 «Even assuming that a heightened standard applies because the material support statute potentially implicates speech, the statutory terms are not vague as applied to plaintiffs». Opinion of the Court, Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010).

20 COLE, DAVID, «The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine», *Harvard Law & Policy Review* 6 (2012), pp. 147-177, p. 158. ABEL, NIKOLAS, «United States vs. Mehanna, the First Amendment, and Material Support in the War on Terror», *Boston College Law Review* 54 (2013), pp. 711-750, p. 729. SMITH, BRANDON J., «Protecting Citizens and Their Speech: Balancing National Security and Free Speech When Prosecuting the Material Support of Terrorism», *Loyola Law Review* 59 (2013), pp. 89-125, p. 113. Cfr. MARGULIES, PETER, «Advising Terrorism: Material Support, Safe Harbors, and Freedom of Speech», *Hastings Law Journal* 63 (2012), pp. 455-519, p. 496.

21 ROSENTHAL, LAWRENCE, «First Amendment Investigations and the Inescapable Pragmatism of the Common Law of Free Speech», *Indiana Law Journal* 86 (2011), pp. 1-76, p. 71.

22 First Circuit. No. 12-1461. United States of America, Appellee, v. Tarek Mehanna, November 13, 2013.

23 Per comprendere come sia stata percepito il caso *Mehanna* si vedano alcuni articoli giornalistici ed editoriali. Fra i tanti: VENNOCHI, JOAN, «The Boston Globe», *Opinion*. 12 Aprile 2012. <http://www.bostonglobe.com/opinion/2012/04/19/tarek-mehanna-case-puts-first-amendment-trial-fear-trumps-liberty-terror-trial/5UwcZHgnSAifLeuBIio9sM/story.html>. COLE, DAVID, «39 Ways to Limit Free Speech.» *The New York Review of Books*. 19 Aprile 2012. <http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2012/apr/19/39-ways-limit-free-speech/>. GLENN, GREENWALD, *The real criminals in the Tarek Mehanna case: An American Muslim punished for his political views delivers an extraordinary statement in court.* http://www.salon.com/2012/04/13/the_real_criminals_in_the_tarek_mehanna_case/. 13Aprile2012.

FTO²⁴.

Nel caso Mehanna il Primo Circuito Federale ha applicato il test della Hlp, senz'alcuna valutazione del pericolo nel caso concreto e non considerando la passata giurisprudenza in materia di discorsi odiosi²⁵. Il 13 novembre 2013 la sentenza di appello ha confermato la condanna di primo grado dell'imputato per integrazione, fra i vari capi di imputazione, del reato di *material support* all'organizzazione FTO Al-Qaeda mediante *political advocacy*.

Il profilo propagandistico che integra il reato di *material support* concerne una serie di *hate speech*, integranti l'apologia di terrorismo, l'incitamento alla violenza contro i soldati statunitensi, i discorsi inneggianti alla jihad islamica e la glorificazione degli attentati dell'11 settembre e della figura di Osama Bin Laden. Tali discorsi, in teoria qualificabili come discorsi politici, avendo una matrice chiaramente politica che ne dovrebbe assicurare la protezione sotto il Primo Emendamento, sono stati diffusi attraverso la rete internet mediante interventi su un blog pro-jihad. Nello specifico le condotte che integrano il *material support* sono le attività di traduzione in inglese di materiale propagandistico al-Qaeda²⁶ e l'invio del medesimo al sito internet at-Tibyan.

Mentre nessun dubbio vi è sulla sussistenza dell'elemento psicologico²⁷, concernente la consapevolezza della natura terroristica di Al-Qaeda, in relazione al profilo del coordinamento «[m]eeting the HLP test was perhaps the prosecution's biggest hurdle in Mehanna»²⁸.

Nel caso in esame si ricostruisce infatti una nozione di "coordinamento", al fine dell'integrazione del reato di *material support* e dell'esclusione dell'*independent advocacy*, molto discutibile: nella specie si ritiene integrare il "coordinamento" il fatto, non interamente provato²⁹, di un eventuale collegamento fra il sito at-Tibyan, su cui l'imputato

24 Le organizzazioni FTO di matrice islamica superano ben il 75% del totale di quelle iscritte nell'elenco. Cfr. BUREAU OF COUNTERTERRORISM. «Foreign Terrorist Organizations». U.S. Department of State. <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm>.

25 Parte della dottrina ha legittimato l'esclusione del test della Brandenburg per la particolarità del fenomeno del terrorismo internazionale: cfr. POCHON, CHRISTOPHER, «Applying the Holder Standard to Speech That Provides Material Support to Terrorism in United States v. Mehanna, No. 09-10017-GAO (D. MASS. 2012)», *Harvard Journal of Law & Public Policy* 36 (2013), pp. 375-389, p. 382. L'AcLU ha invece espresso riserve sulla criminalizzazione del «rhetorical support, not material support», proprio in relazione alla precedente disciplina giurisprudenziale sancita dalla Brandenburg, non rilevando un cambio giurisprudenziale nella Hlp. ABDO, ALEX e SEGAL, MATTHEW R., «Brief of amici curiae American Civil Liberties and American Civil Liberties Union of Massachusetts, supporting Appellant and Reversal», ACLU, 2012, pp. 1-26, p. 5.

26 L'attività di traduzione riguardava nello specifico uno scritto intitolato "39 Ways to Serve and Participate in Jihad" del leader al-Qaeda Mohammad Bin Ahmad Al-Salem, ufficiale dell'ala propagandistica di Al-Qaeda, incitante alla jihad e al supporto dei gruppi terroristici, e un video, "Expedition of Humar Hadeed", prodotto da Al-Qaeda in Iraq. «The second cluster of activities was translation-centric. In 2005, the defendant began to translate Arab-language materials into English and post his translations on a website — at-Tibyan — that comprised an online community for those sympathetic to al-Qa'ida and Salafi-Jihadi perspectives. Website members shared opinions, videos, texts, and kindred materials in online forums. At least some offerings that the defendant translated constituted al-Qa'ida-generated media and materials supportive of al-Qa'idaand/or jihad». First Circuit. No. 12-1461. United States of America, Appellee, v. Tarek Mehanna, November 13, 2013.

27 «In this case, the defendant does not dispute that al-Qa'ida was and is a foreign terrorist organization (FTO). Nor could he credibly do so». First Circuit. No. 12-1461. United States of America, Appellee, v. Tarek Mehanna, November 13, 2013.

28 BROWN, GEORGE D., «Notes on a Terrorism Trial – Preventive Prosecution, "Material Support" and The Role of The Judge after United States v. Mehanna», *Harvard National Security Journal* 4 (2012), pp. 1-57, p. 13.

29 All'interno del processo gli esperti divergono sull'effettivo legame fra Al-Qaeda e il sito Tybian. Mehanna Trial Tr. (Dec. 14), 82-90.

“posta” le traduzioni, e Al-Qaeda, in quanto è accertato non risulti alcuna direttiva imposta da Al-Qaeda né alcun contatto diretto, come riconosciuto anche dall'accusa, fra l'imputato e l'organizzazione fondamentalista³⁰. Va peraltro rilevato che l'impianto accusatorio del procuratore si basa soprattutto su una criptica e-mail³¹ di richiesta di nuove traduzioni da parte di uno dei gestori del sito per conto di Al-Qaeda - secondo la ricostruzione accusatoria - a cui l'imputato tuttavia non ha né risposto né ottemperato, e sulla possibilità di individuare l'integrazione del coordinamento nella risposta alla *call* fatta da Al-Qaeda alla jihad digitale³². La Corte d'appello finisce quindi con l'accettare una definizione di “coordinamento” che non necessita di alcun contatto diretto dell'imputato con l'organizzazione FTO³³, e che permette la compressione dell'*independent advocacy*, limitando ulteriormente l'*hate speech* jihadista. La dottrina³⁴ nel caso in esame non ha mancato di sottolineare l'indeterminatezza nella disciplina del “coordinamento” e l'importanza di una sua chiara e rigorosa definizione per tutelare l'*independent advocacy*. Sembrano inoltre aver preso forma i timori espressi dal giudice Breyer nella *dissenting opinion* della Hlp, in cui il *Justice* prospettava la possibilità che l'indeterminatezza del termine “coordinamento” potesse essere foriera di interpretazioni restrittive dell'*independent advocacy*³⁵.

Nell'applicazione giurisprudenziale del test della Hlp fatta dal circuito federale risulta quindi disatteso quanto prospettato da parte della dottrina³⁶, che più ottimisticamente aveva letto la nuova disciplina giurisprudenziale del *material support* come garanzia dell'*independent advocacy*.

30 «(...) the defendant was not instructed by al-Qaeda to engage in all these activities». Tr. Dkt. 165 at 39:5-6.

31 «"The *ikhwaan* ["brotherhood"] from the cloud people are asking us if we can translate this msg from the al doctoor regarding curryland"». Traduzione del termine *ikhwaan* riportata da POCHON, CHRISTOPHER, «Applying the Holder Standard to Speech That Provides Material Support to Terrorism in United States V. Mehanna, No. 09-10017-GAO (D. MASS. 2012)», *Harvard Journal of Law & Public Policy* 36 (2013), pp. 375-389, p. 378.

32 Cfr. ABEL, NIKOLAS, «United States vs. Mehanna, the First Amendment, and Material Support in the War on Terror», *Boston College Law Review* 54 (2013), pp. 711-750, p. 734.

33 «The government asserted that an individual could transgress the bounds of independent advocacy and be convicted under the Material Support Statute without actually making direct contact with terrorists». ABEL, NIKOLAS, «United States vs. Mehanna, the First Amendment, and Material Support in the War on Terror», *Boston College Law Review* 54 (2013), pp. 711-750, p. 734.

34 ABEL, NIKOLAS, «United States vs. Mehanna, the First Amendment, and Material Support in the War on Terror», *Boston College Law Review* 54 (2013), pp. 711-750, p. 736. BROWN, GEORGE D, «Notes on a Terrorism Trial – Preventive Prosecution, “Material Support” and The Role of The Judge after United States v. Mehanna», *Harvard National Security Journal* 4 (2012), pp. 1-57, p. 23. Altra parte della dottrina ha evidenziato come la sentenza risulti conforme al test della Hlp e come non vi siano pericoli per il libero pensiero, sposando pienamente la posizione dell'accusa. PYETRANKER, INNOKENTY, «Sharing Translations or Supporting Terror? An Analysis of Tarek Mehanna In The Aftermath of Holder v. Humanitarian Law Project», *American University National Security Law Brief* 2 (2012), pp. 21-41, p. 38. POCHON, CHRISTOPHER, «Applying the Holder Standard to Speech That Provides Material Support to Terrorism in United States V. Mehanna, No. 09-10017-GAO (D. MASS. 2012)», *Harvard Journal of Law & Public Policy* 36 (2013), pp. 375-389, p. 375.

35 «I am not aware of any form of words that might be used to describe “coordination” that would not, at a minimum, seriously chill not only the kind of activities the plaintiffs raise before us, but also the “independent advocacy” the Government purports to permit». *Dissenting Opinion, Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010).

36 «Under the statute, an individual with a copy of the Hamas leader's speech could stand on a soapbox in the public square and praise the speech profusely». MARGULIES, PETER, «Advising Terrorism: Material Support, Safe Harbors, and Freedom of Speech», *Hastings Law Journal* 63 (2012), pp. 455-519, p. 502.

Nella *petition of certiorari* proposta il 17 marzo 2014 gli avvocati dell'imputato avevano richiesto alla Corte di riaffermare la tutela del *free speech*, garantendo una corretta interpretazione del termine coordinamento³⁷ che non risultasse così flessibile e ampia da impedire anche l'*independent advocacy*, ribadendo come il coordinamento non possa essere indiretto o mediato, ma debba sussistere un disegno logistico/strategico a cui il soggetto non associato partecipi, al fine della sua integrazione³⁸: si trattava di garantire la tutela almeno di quella ristretta forma di *free speech* che risulta dalla formulazione del nuovo test della Hlp, ossia il diritto del singolo individuo a partecipare con le sue idee, per quanto ripugnanti, al *marketplace of ideas*.

Al contrario nel *Brief* del governo del 25 luglio 2014 si rivendica la natura di mero intermediario di Al-Qaeda del sito at-Tibyan³⁹ e si rileva come le opere di traduzione dell'imputato debbano ritenersi idonee a determinare un supporto materiale, poiché tale condotta esulerebbe dalla mera attività propagandistica politica⁴⁰. La *quaestio* tuttavia, come evidenziato nella *Reply* della difesa del 12 agosto 2014, concerne il fatto che la disciplina del coordinamento comprime un diritto fondamentale e in quanto tale necessita di una rigorosa e chiara formula applicativa, che non lasci margini di discrezionalità o arbitrarietà alle Corti inferiori⁴¹. Nella *Reply* si rivendica inoltre la mancanza di conoscenza da parte dell'imputato della connessione, se sussistente, fra il sito at-Tibyan e Al-Qaeda, riaffermando la libera scelta dell'imputato di effettuare le traduzioni, non legata ad alcun tipo di richiesta⁴².

Il caso Mehanna, vertendo sulla mera manifestazione del pensiero, si prestava dunque, come rilevato dalla *petition of certiorari*⁴³, ad essere l'occasione che la Corte fin dalla sentenza Hlp attendeva per specificare i limiti del reato di *material support* in relazione al *free speech*.

37 «(..) the precise contours of the “coordination” standard cannot be understood by citizens in speaking, the government in prosecuting, judges in instructing, or juries in fact-finding». *Petition for writ of certiorari, Tarek Mehanna v. United States of America*, p. 9.

38 «(..) the question whether Mehanna’s speech was “coordinated,” without advising the jury that “coordination” should be found only in the FTO’s logistical direction of, or close collaborative interchanges with, the speaker». *Petition for writ of certiorari, Tarek Mehanna v. United States of America*, p. 10.

39 «Petitioner provides no basis for his suggestion (pet. 16) that knowing “coordination” with a terrorist organization cannot occur in the absence of direct contact between the defendant and the organization’s members. that suggestion conflicts with general principles of criminal law, which do not allow a defendant to escape liability by acting through an intermediary». *Brief for the United States in opposition*, no. 13-1125, p. 14.

40 «Regardless of whether translation might constitute political speech in the abstract, translation services performed at the request of a foreign terrorist organization in order to further its mission are not “independent advocacy” immunized from criminal prosecution by the first Amendment». *Brief for the United States in opposition*, no. 13-1125, p. 16.

41 «The flimsiness of the allegations on which the government's "coordination" theory is based high light that the "coordination" instruction did not "ac commodate" constitutional guarantees, Opp.7, and criminalized protected speech». *Reply to brief in opposition*, no. 13-1125, p. 5.

42 « The government offered no evidence that the remaining "large volume" of materials Petitioner translated were requested by anyone: he chose to translate them on his own. Pet. C.A.Reply.12-17». *Reply to brief in opposition*, no. 13-1125, p. 7.

43 «This case presents the “concrete fact situation” that this Court forecast in *Humanitarian Law Project* as necessary to differentiate between speech that is protected by the First Amendment, and speech that is properly criminalized by the material support statutes». *Petition for writ of certiorari, Tarek Mehanna v. United States of America*, p. 6.

La Corte Suprema ha tuttavia scelto di non occuparsi della questione, lasciando fondamentalmente mano libera, per ora, a interpretazioni ancora più restrittive del già restrittivo test della Hlp, suscettibili di comprimere la libertà di espressione di una determinata parte della popolazione statunitense, che viene esclusa dalla possibilità di accedere mediante il *public discourse* all'arena politica. La disciplina normativa infatti sta trovando ampia applicazione giurisprudenziale, malgrado la vaghezza delle linee guida⁴⁴, soprattutto in relazione al termine coordinamento⁴⁵.

Con la decisione pilatesca di non intervento su un caso di rilevanza nazionale la Corte ha deciso di non dare quel segnale, atteso da parte della dottrina⁴⁶, di aderenza alla Costituzione e alla tutela della libertà posta alla base del sistema democratico americano, ossia della libertà di espressione politica, tollerando margini di discrezionalità e di arbitrarietà nella tutela delle libertà contenuta nel Primo Emendamento.

Sembra dunque che l'ordinamento statunitense, rinnegando il suo passato, sia ripiombato in quel clima di intolleranza politica che, con i dovuti distinguo⁴⁷, aveva caratterizzato l'epoca maccartista e che è stato fortemente condannato da dottrina⁴⁸ e giurisprudenza⁴⁹: peraltro, come evidenziato da un esempio di T. Healy, il disvalore della censura del pensiero jihadista non è percepito come lo è oggi quello delle sentenze illiberali dell'epoca maccartista⁵⁰. Esemplificativo in tal senso è il fatto che il giudice Scalia nella

44 «(..) the frequency with which this statute is used in the fight against terrorism is significant. The present lack of judicial guidance in this field will inevitably lead to confusion in lower courts. Prosecutors, aid groups, defense attorneys, and others will need the courts, or Congress, to articulate clearer guidelines». SMITH, BRANDON J., «Protecting Citizens and Their Speech: Balancing National Security and Free Speech When Prosecuting the Material Support of Terrorism», *Loyola Law Review* 59 (2013), pp. 89-125, p. 125. Cfr. ». CHESNEY, ROBERT M., «The Sleeper Scenario: Terrorism-Support Laws and the Demands of Prevention», *Harvard Journal on Legislation* 42 (2005), pp. 1-89, p. 20.

45 «Unfortunately, the Court's formulations of what constitutes such a direct linkage vary in ways that pose problems for lower courts applying *HLP*». BROWN, GEORGE D., «Notes on a Terrorism Trial – Preventive Prosecution, “Material Support” and The Role of The Judge after *United States v. Mehanna*», *Harvard National Security Journal* 4 (2012), pp. 1-57, p. 21.

46 «However, this is likely not the end of litigation challenging section 2339B. The Court's fact-specific interpretation of the plaintiffs' arguments could permit future litigants to bring a challenge on slightly different facts». ZERWAS, KATHERINE R., «No Strict Scrutiny - The Court's Deferential Position on Material Support to Terrorism in *Holder v. Humanitarian Law Project*», *William Mitchell Law Review* 37 (2011), pp. 5337-5358, p. 5358.

47 «I do not mean to suggest that the Cold War and today's war on terrorism are in all respects identical. History never repeats itself in that literal a sense. For one thing, fear of ideas played a much larger role in the Cold War. Our concerns today stem more from the fear of catastrophic violence made possible by weapons of mass destruction and an enemy that appears immune to deterrence». COLE, DAVID, «The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 38 (2003), pp. 1-42, p. 3.

48 ABEL, NIKOLAS, «United States vs. Mehanna, the First Amendment, and Material Support in the War on Terror», *Boston College Law Review* 54 (2013), pp. 711-750, p. 717. LEWIS, ANTHONY, «Civil Liberties in a Time of Terror», *Wisconsin Law Review*, 2003, pp. 257-272, p. 266. BHAGWAT, ASHUTOSH, «Associational Speech», *The Yale Law Journal* 120 (2011), pp. 978-1030, p. 1005. COLE, DAVID, «The First Amendment's Borders: The Place of *Holder v. Humanitarian Law Project* in First Amendment Doctrine», *Harvard Law & Policy Review* 6 (2012), pp. 147-177, p. 147.

49 «Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action. *Whitney v. California*, [274 U. S. 357](#), overruled». *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

50 «When I teach the First Amendment, most of my students agree that *Schenck*, *Whitney*, and *Dennis* were bad decisions motivated by fear and paranoia. But when I pose a hypothetical involving advocacy of terrorism, they

discussione orale della sentenza *Hlp* abbia sentito la necessità di sottolineare le differenze fra la disdicevole censura dell'ideologia comunista e la legittima censura della *advocacy* in favore di FTO⁵¹: è palese come il fondamentalismo jihadista non venga considerato da certa dottrina⁵² idoneo a dare un contributo al sistema democratico del *marketplace of ideas* e se ne rifiuti, talvolta, l'equiparazione ad un'idea politica.

La situazione emergenziale e il *war time*⁵³, come si rileva nella storia americana⁵⁴, oltre al ricordo delle tragedie causate dal fanatismo jihadista, contribuiscono certamente a creare una percezione sociale che permette di derogare al regime della libertà di parola, favorendo l'esclusione dell'ideologia jihadista dal panorama politico⁵⁵. Non a caso il Procuratore nel caso *Mehanna* fa ampio utilizzo di argomenti e dichiarazioni dell'imputato che dimostrino l'adesione dello stesso a quella "becera e povera ideologia" che è il fondamentalismo islamico terrorista, tant'è che parte della dottrina statunitense non ha potuto non esprimere dubbi sulla sussistenza di un'eventuale crimine di *sympathy* per i terroristi⁵⁶, che avrebbe anche implicitamente rafforzato la debolezza probatoria dell'impianto accusatorio⁵⁷.

Il clima giurisprudenziale e legislativo sembra dunque preconstituire condizioni favorevoli⁵⁸

frequently change their tune». HEALY, THOMAS, «Brandenburg in a Time of Terror», *Notre Dame Law Review* 84 (2009), pp. 655-732, p. 729.

51 «I think it's very unrealistic to compare these terrorist organizations with the Communist Party. Those cases involved philosophy. The Communist Party (...) had some unlawful ends. It was also a philosophy I don't think that Hamas or any of these terrorist organizations represent such a philosophical organization». Transcript of Oral Argument at 20-22, *HLP*, 130 S. Ct. 2705 (No. 08-1498), <http://www.supremecourt.gov/oral-arguments/argument-transcripts/08-1498.pdf>.

52 «A further reason to doubt the impact of such a limitation on the marketplace of ideas and opinion is the low social value of radical Islamist rhetoric». POSNER, RICHARD A., *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2006, p. 113.

53 Il governo Bush e la società americana hanno affrontato la lotta al terrorismo islamico internazionale come una vera e propria guerra. Cfr. HAFETZ, JONATHAN, «Stretching Precedent Beyond Recognition: The Misplaced Reliance on World War II Cases in the "War on Terror"», *The Review of Litigation* 28 (2008), pp. 365-379.

54 «The paradigmatic violation of the First Amendment is when the government punishes political dissent. In the more than 200 years of our history, virtually every instance in which the United States has directly punished political dissent has occurred during wartime. In peacetime, and in times of relative tranquility-which, by my definition, make up roughly 80 percent of our history-the United States has never punished political dissent». STONE, GEOFFREY R., «Civility and Dissent During Wartime», *Humanrights*, 2006, pp. 2-4, p. 4.

55 «After September 11th, a large plurality of Americans immediately supported limitations on the right to free speech due to national security interests. The willingness of the American populace to sacrifice a certain amount of civil liberties is not unusual during a time of war or national emergency». PETRARO, NINA, «Harmful Speech and True Threats: Virginia v. Black and the First Amendment in an Age of Terrorism», *St John's Journal of legal Commentary* 20 (2006), pp. 531-563, p. 558.

56 «Still, it is hard not to wonder whether the mountain of evidence about Mehanna the person was de facto proof of a crime beyond those charged: that of being a terrorist sympathizer». BROWN, GEORGE D., «Notes on a Terrorism Trial – Preventive Prosecution, "Material Support" and The Role of The Judge after United States v. Mehanna», *Harvard National Security Journal* 4 (2012), pp. 1-57, p. 18.

57 BROWN, GEORGE D., «Notes on a Terrorism Trial – Preventive Prosecution, "Material Support" and The Role of The Judge after United States v. Mehanna», *Harvard National Security Journal* 4 (2012), pp. 1-57, p. 19.

58 Alcuni hanno addirittura prospettato un «constitutional come back» della sentenza *Schenck vd. COLLINS*, RONALD K.L. e SKOVER, DAVID M., «What Is War: Reflections on Free Speech in Wartime», *Rutgers Law Journal*, 2005, pp. 833-860, p. 853. Altri l'hanno auspicato vd PANGILINAN, LIEZL IRENE, «When a Nation Is at War: A Context-Dependent Theory of Free Speech for the Regulation of Weapon Recipes», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 22 (2004),

alla riproposizione di un approccio analogo a quello già storicizzato del “maccartismo”, che comporta l'esclusione dal panorama politico di una specifica ideologia: allora il comunismo, oggi il fondamentalismo jihadista.

Come rilevato da attenta dottrina⁵⁹, nonché dal giudice Breyer nella *dissenting opinion* della Hlp⁶⁰, il pericolo insito nel mero discorso, se pericolo v'è, sussiste tanto nel caso di *independent advocacy* quanto nel caso di *advocacy* “coordinata”. Proprio per questo le vie della censura di un pensiero politico potrebbero essere ripercorse attraverso una limitazione “occulta” del discorso, mediante l'interpretazione estensiva del termine “coordinamento” e non, come in passato, con intervento diretto della Corte Suprema. Contrariamente a quanto avvenuto nel periodo della lotta all'ideologia comunista antecedente la seconda guerra mondiale e durante l'epoca maccartista la Corte sembra infatti non volersi “sporcare le mani” direttamente, lasciando il compito di reprimere determinate ideologie alle Corti federali attraverso l'indeterminatezza del dato normativo e, in particolare del termine “coordinamento”, consentendo una flessibile applicazione della legislazione anti-terrorismo del *material support*⁶¹.

Vi è, in dottrina, anche chi ha proposto un'analisi sistemica della limitazione del discorso odioso filo-terrorista prospettando un cambio di valori costituzionali⁶²; questo può essere la più grande minaccia del terrorismo islamico: non le bombe, ma il rovesciamento dei valori fondanti la civiltà americana⁶³.

pp. 683-723, p. 723.

59 «I do not dispute the capacity of political advocacy to legitimate an organization and thus to enhance the danger of violence. My claim, rather, is that this risk of legitimation is never constitutionally sufficient to justify censorship. The First Amendment demands that the remedy be more speech, not censorship. If, however, this danger of legitimation is sufficient to justify censorship, as Roberts suggests, it is difficult to understand why it is not sufficient to justify the censorship of independent political advocacy, which also might legitimate the designated organization and its activities and set into motion a causal chain leading to violence. In terms of assessing or weighing the social danger arising from speech, there is no reason to distinguish between independent and coordinated political advocacy. Both present the same danger to society». FISS, OWEN, «The world we live in», *Temple Law Review* 83 (2011), pp. 295-308, p. 302.

60 «And, as for the Government's willingness to distinguish *independent* advocacy from *coordinated* advocacy, the former is *more* likely, not *less* likely, to confer legitimacy than the latter. Thus, other things being equal, the distinction “coordination” makes is arbitrary in respect to furthering the statute's purposes». Dissenting Opinion, Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010).

61 Potrebbe in questo rilevare la volontà della giurisprudenza di limitare l'applicazione stessa del Primo Emendamento, senza però farlo direttamente e esplicitamente, al fine di non creare uno scandalo nel paese che ha fatto della libertà di espressione uno dei pilastri della sua democrazia. Cfr. «The first thing to note is that there are at least two types of subterfuges frequently used in law. The most important, and in a way more clearly dishonest, kind of subterfuge is that designed to hide a fundamental value conflict, recognition of which would be too destructive for the particular society to accept. Dishonesty, whether chosen or thought a failure to look far enough into dark corners, is preferred because total candor is given less weight than the other values involved in the conflict, one of which would be undermined by honesty». CALABRESI, GUIDO, *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press, 2009, p. 172.

62 «In the present context, one may argue - following Calabresi - that the American system tends to indirectly criminalize speech because it allows it to avoid facing the value conflict between the struggle against terrorism and the preservation of the open marketplace of ideas, and carries the message of resistance to the idea of limiting free speech on a large scale. However, this story may also have a more problematic side. Addressing a constitutional challenge without fully admitting it may also lead to a weak protection of rights». BARAK-EREZ, DAPHNE e SCHARIA, DAVID, «Freedom of Speech, Support for Terrorism, and the Challenge of Global Constitutional Law», *Harvard National Security Journal* 2 (2011), pp. 1-30, p.30.

63 «The extremists who perpetrated the attacks did not want to simply destroy American landmarks of industry and government, they wanted to destroy *America as America*, to demolish the foundations upon which American culture and freedom, and all they represent to the world, are built». WHITEHEAD, JOHN W. e SDEN, STEVEN H., «Forfeiting "enduring

«The great danger is that fear, intolerance, and repression will still dissent in time of war. War inexorably generates a climate of conformity and hysteria that are the preconditions for what Jefferson called "the reign of witches." This must be resisted, even if civility is the price»⁶⁴

** Allievo Ordinario di II livello della Scuola Superiore Sant'Anna

Forum di Quaderni Costituzionali

freedom" for "homeland security": a constitutional analysis of the usa Patriot Act and the justice department's anti-terrorism initiatives», *American University Law Review*, 2002, pp. 1081-1133, p. 1133.

⁶⁴STONE, GEOFFREY R., «Civility and Dissent During Wartime», *Humanrights*, 2006, pp. 2-4, p. 4.

stituzionali