

Il caso Guantánamo e l'evoluzione del diritto internazionale bellico

di dott. Mauro Romani

Con Guantánamo apriamo un tema spinoso e per certi versi impossibile da risolvere senza una critica alla condotta dell'amministrazione Bush nella gestione della prigione nella baia cubana ma, anche e soprattutto, nel trattamento dei detenuti lì reclusi, dal momento dell'arresto, spesso avvenuto in territorio non statunitense ma sotto il controllo delle forze armate, al rifiuto di elementari garanzie di difesa, prima fra tutte la mancata conoscibilità dei motivi della detenzione e l'impossibilità stessa di ottenere una difesa, e all'utilizzo di metodi di interrogatorio assai discutibili, autorizzati dallo stesso Esecutivo. Durante il corso del conflitto armato prima in Afghanistan e poi in Iraq, centinaia di persone, ritenute direttamente o indirettamente coinvolte nella rete internazionale del terrorismo, sono state fatte prigioniere dalle forze armate statunitensi e trattenute nelle carceri militari sui territori di conflitto e successivamente trasferite nella base navale di Guantánamo, a Cuba, territorio già in potere degli Stati Uniti dal 1903. È probabile che sulla scelta di questa destinazione, per questo genere di detenuti, abbia giocato anche il fatto che l'Amministrazione ritenesse, appunto, tale luogo sottratto alla giurisdizione delle corti statunitensi.

Gli Stati Uniti, in realtà, non hanno mai comunicato l'identità dei soggetti catturati e, fin dal momento dell'arresto, i prigionieri sono stati sottoposti a ripetuti interrogatori in assenza di garanti legali; non è stato loro concesso alcun contatto con familiari e non hanno avuto l'opportunità di usufruire di un'assistenza legale. La politica attuata dal Governo degli Stati Uniti, nei confronti dei soggetti ritenuti conniventi con la rete terroristica, non è stata altro che la reazione alla situazione di emergenza causata dall'ondata di terrorismo abbattutasi sull'Occidente a partire dai tragici eventi dell'11 settembre 2001. Come spesso accade in casi simili, quelle nate come misure di emergenza si sono consolidate fino a divenire prassi costante, determinando un clima

di incertezza ed il reiterarsi di interventi fortemente repressivi della libertà individuale.

Attraverso l'esame del "caso Guantánamo" è possibile considerare fino a che punto un potere dello Stato possa intervenire sulla sfera dei diritti soggettivi in ragione di un fine superiore, come la sicurezza nazionale; quali siano gli strumenti in possesso degli individui per rivendicare i propri diritti e quali i meccanismi di bilanciamento del sistema. L'esistenza di questo conflitto perpetuo, da parte dell'Esecutivo si è sempre risolta nel rifiuto di riconoscere, in blocco e senza controllo giudiziario, prodromico alla concessione delle tutele provviste dalla III Convenzione di Ginevra del 1949, a coloro che in quella prigione erano detenuti.

La linea "dura" tenuta dall'Esecutivo corre così su due binari paralleli. Da un lato, ai detenuti di Guantánamo non si applicano le tutele della Convenzione di Ginevra, perché non sarebbero prigionieri di guerra, dall'altro i medesimi non beneficiano delle garanzie previste dalla Costituzione federale statunitense, perché Guantánamo sarebbe estranea al territorio sovrano degli Stati Uniti. Così, all'interno della prigione di Guantánamo sono detenuti gli individui che rientrano nella categoria che siano catturati sul territorio statunitense sia al fuori di esso.

La base di Guantánamo ha un'importanza strategica; è l'estrema "frontiera" della guerra al terrore e per questo l'accesso è precluso ai civili non autorizzati e solo pochi giornalisti sono riusciti a visitarla, a condizione di non avere alcun contatto diretto con i prigionieri. Da queste "sporadiche visite" l'opinione pubblica è venuta a conoscenza della realtà di una prigione che i detenuti non hanno avuto modo né di affrontare un procedimento giudiziario nell'ambito del quale impostare una difesa né hanno ricevuto spiegazioni o accuse formulate chiaramente alla base del loro stato di prigionia.

Il trattamento dei prigionieri in questo luogo di detenzione si è spinto però al di là della "semplice" disapplicazione di garanzie di diritto penale di tipo sostanziale o processuale. Sulla base del presupposto del rientrare di questi soggetti nella categoria

che si sono violate anche disposizioni sancite internazionalmente, nonostante il fatto che fosse dubbia l'esclusione nonostante il fatto che le garanzie previste dalle convenzioni internazionali, prima tra tutte la Convenzione di New York relativa al divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti, fossero da considerarsi universali, applicabili, sempre dal punto di vista del diritto internazionale, a tutti gli individui.

Alla prassi attuata nella prigione di Guantánamo molte sono state le reazioni da parte delle associazioni per i diritti civili ma poche quelle delle istituzioni, fornite comunque di prerogative costituzionali, pur nell'emergenza, o, per lo meno, sono state poco efficaci. Il Congresso (di maggioranza repubblicana) ha sostanzialmente accettato i provvedimenti presi dall'amministrazione e dal Presidente mantenendosi lontano da tutto quello che girava intorno alla baia. La giurisprudenza delle corti federali prima e la Corte Suprema dopo, hanno stentato ad attivarsi in difesa delle libertà civili negate a quello che l'Esecutivo additava come il peggior "nemico", fino alle note sentenze che hanno creato un varco nel buco nero creatosi. Nel corso di questa nostra ricerca analizzeremo, quindi, quella che è ad oggi l'applicazione più pratica di un diritto penale del nemico, dalla scelta del luogo di detenzione, alla classificazione dei soggetti detenuti attraverso la quale si disconoscono le categorie di diritto internazionale e il minimum di tutela ivi riconosciuto, fino alla reazione della giurisprudenza (già superata dalla nuova legislazione del 2006, in senso "favorevole" alla politica dell'Esecutivo). Si tratterà del trattamento dei sospetti terroristi nel Guantánamo .

Era il 1903 quando il Presidente di Cuba e il presidente degli Stati Uniti firmarono e ratificarono un doppio accordo "per l'affitto di basi navali o per il rifornimento di carbone"; a questo si giunse come risultato degli aiuti che gli Stati Uniti avevano offerto a Cuba per l'indipendenza dalla Spagna, raggiunta nel 1898. Sulla base di questo accordo la baia di Guantánamo; l'accordo prevedeva che "gli Stati Uniti riconoscessero la continuità della sovranità ultima della Repubblica di Cuba sulle

zone terrestri e marittime concesse, ma la Repubblica di Cuba permettesse agli Stati Uniti, per tutto il periodo in cui occuperanno le suddette aree di esercitare completa giurisdizione e controllo su di esse”. Il punto significativo sta proprio in questo: la sovranità ultima della baia è nelle mani dell’isola di Cuba mentre la piena giurisdizione e il controllo sono riservate agli Stati Uniti. Solo nel caso in cui gli Stati Uniti rinunciassero a tale terreno questo rientrerebbe nel pieno controllo e giurisdizione cubana. C’è da aggiungere, però, che in base all’accordo, ed in particolare all’articolo 2, gli Stati Uniti possono godere dell’utilizzo della baia solamente “come sede di basi navali o per il rifornimento del carbone e per nessun altro scopo”, mentre negli anni ’90 è stato utilizzato come campo di raccolta dei profughi haitiani e cubani ed oggi come carcere militare di massima sicurezza. Cominciamo con l’analizzare la baia di Guantánamo da un punto di vista previo, dal punto di vista della giurisdizione per chi lì è detenuto, e in particolare la giurisdizione per coloro che hanno commesso atti di terrorismo al di fuori del territorio degli Stati Uniti, sia che siano stati catturati in territorio statunitense sia che lo siano stati al di fuori di esso, ed in particolare nei territori occupati durante le missioni militari.

All’interno di Guantánamo, infatti, come abbiamo visto, sono detenuti, anche stranieri che, per territorialità della presunta commissione dei fatti, nulla avrebbero a che fare con la giurisdizione statunitense e ancora più in specifico con la giurisdizione di tribunali militari speciali, se non altro utilizzando i normali criteri di territorialità della giurisdizione penale. Quale è la spiegazione di questo regime giurisdizionale? Per cercarla, abbandoniamo una prospettiva di politica internazionale e politica criminale interna e proviamo a rivolgerci ad un’“interpretazione” indirizzata anche al diritto penale internazionale.

Dal processo di Norimberga in poi si è assistito ad una progressiva internazionalizzazione dei giudizi penali in cui fossero coinvolti autori di crimini di guerra e contro l’umanità, autori cioè di crimini internazionali. Parliamo, per quanto riguarda i crimini contro l’umanità, di genocidio ma non solo; parliamo anche della

riduzione in schiavitù, della tortura, e parliamo, secondo il pensiero prevalente, anche di terrorismo, in quanto atto che provoca sofferenze gravi e in quanto facente parte di un attacco “esteso e sistematico” contro una popolazione civile, anche se commesso da gruppi privati, non agenti quali organi di uno stato democratico. Si tratta, quindi, di un crimine contro l’umanità o di una categoria più generale di crimine internazionale?

Posto che entrambi sono assoggettabili alla giurisdizione universale ci si chiede se quello dei terroristi non sia stato anche un atto di guerra. Lo è stato, certo, da un punto di vista costituzionale interno agli Stati Uniti (ricordiamo nuovamente la dichiarazione di uno stato di guerra ma si dubita di questa sua natura da un punto di vista internazionale visto che, come ha sostenuto la stessa amministrazione, l’atto iniziale di guerra è stato attuato e comunque da singoli individui facenti parte di un’organizzazione, non da individui-organi; quindi criminali internazionali e crimini contro l’umanità, sì, ma non criminali di guerra. Per questo tipo di crimini, e di riflesso anche per il terrorismo, dal punto di vista del diritto internazionale consuetudinario, è ritenuta possibile l’applicazione dell’universalità della giurisdizione penale. Il principio, dubbio e contestato in realtà, che si è venuto ad affermare è quello per cui si ritiene che ogni Stato possa processare l’autore ovunque tale crimine sia stato commesso.

Normalmente la giurisdizione penale è esercitabile per quei reati che presentano un collegamento con lo Stato del giudice: secondo il principio di territorialità della legge penale che il reato sia stato commesso nel territorio di tale Stato. Il principio di territorialità viene poi temperato, a seconda degli ordinamenti statali, prevedendosi la possibilità di punire certi reati più gravi quando essi sono commessi dal cittadino, ed eccezionalmente anche dallo straniero, all’estero. La regola generale infatti vorrebbe che, mentre lo Stato è libero di esercitare la propria giurisdizione sui suoi cittadini, lo straniero può essere sottoposto a giudizio penale solo se sussiste, un collegamento con lo Stato del giudice che andrà a giudicarlo. Questa limitazione verrà meno e

vigerà il principio di giurisdizione universale quando si tratta, appunto, di un crimine internazionale. L'interesse a punire questo tipo di crimini, sarà universale: ciascuno Stato, avrà l'interesse a che, colui che ha commesso tali atti sia giudicato e, se ritenuto colpevole, condannato, perché quell'interesse sarà di tutta la comunità internazionale. La punizione dei crimini internazionali può avere luogo anche quando il colpevole sia stato catturato all'estero illegittimamente, cioè, ad esempio, violando la sovranità territoriale dello Stato in cui si trovava. Lo Stato può punire, come pure può limitarsi a concedere l'estradizione ad uno Stato che intende farlo. Per il diritto consuetudinario lo Stato, infatti, può (ha il diritto) ma non deve punire, come può ma non deve concedere l'estradizione.

La situazione è diversa per quanto riguarda il diritto pattizio perché sono numerose le convenzioni che contengono la regola o estradare o giudicare). Le Convenzioni settoriali in materia di terrorismo, in particolare, hanno una struttura comune che prevede una serie di titoli dedicati ad aspetti specifici (territorialità, personalità) e una clausola generale, che ha origine dalla Convenzione di Ginevra del 1937 allo stesso tempo, dibattuto; alcuni negano che una Convenzione possa avere creato una giurisdizione universale e che questo principio ne sia l'incarnazione. Nessuno contesta, ovviamente, che ci siano delle differenze tra il principi del diritto internazionale classico, meglio generale, e i classici principi di giurisdizione universale. Le differenze principali sono: 1) non è universalmente valido, ma è limitato alle parti che hanno sottoscritto la relativa Convenzione; 2) la giurisdizione universale è un diritto, mentre è un dovere; 3) la giurisdizione universale è un modo di perseguire, è un'alternativa tra perseguire o estradare; 4) la giurisdizione universale si applica solo ad un limitato numero di crimini internazionali in occasione della loro particolare gravità, è contemplato in varie Convenzioni e deve essere applicato a molte categorie di crimini. Queste differenze giustificano il fatto che il principio dell'estradizione venga inserito in una separata e speciale categoria di

giurisdizione universale convenzionale, che è descrivibile come giurisdizione relativa e sussidiaria .

Questione fondamentale riguarda, poi, l'alternativa tra perseguire o estradare; ci si domanda se ci sia completa uguaglianza tra le due possibilità o se uno dei due elementi abbia la priorità. A livello universale si presenta come una effettiva alternativa, da un altro punto di vista, però, sembra che ci sia un'inclinazione a dare maggiore rilevanza poiché quando non c'è l'obbligo di estradare, c'è il sussidiario obbligo di perseguire. Quando non è stata dichiarata l'estradizione, la persecuzione deve essere immediata, o realizzata in tempi ragionevoli; non deve avere inizio, invece, nel caso opposto in cui l'estradizione sia stata immediatamente dichiarata⁶⁶⁹. È tendenza del diritto pattizio la preferenza per l'estradizione verso lo Stato direttamente leso dalla commissione del crimine internazionale di terrorismo, piuttosto che lasciare giudicare allo Stato in quel momento in "possesso" del criminale. Alla luce di queste premesse, che succede a Guantánamo con la detenzione dei sospetti terroristi? Da testimonianze dirette, successive ai periodi di detenzione, sappiamo che molti di loro sono stranieri, sappiamo che alcuni di loro sono stati arrestati in territorio straniero e successivamente trasferiti a Guantánamo. Quale è la legittimità giuridica da cui deriva, dunque, la facoltà per gli Stati Uniti di compiere tali operazioni, in sé militari, volte all'arresto di stranieri sospettati di terrorismo in particolare in territorio estero? Dobbiamo quindi considerare anche la prospettiva interna all'ordinamento statunitense. Fin dall'inizio, fin cioè dalla dichiarazione di guerra al terrorismo si ritiene che gli Stati Uniti si siano trovati in un contesto di tipo bellico, ma le persone detenute non possono essere considerate, almeno secondo l'amministrazione, prigionieri di guerra. Questo vuole dire che l'arresto di tutti gli individui ora carcerati a Guantánamo è avvenuta su una base distinta. I crimini di cui si sono presuntivamente macchiati, almeno secondo la classificazione governativa, sarebbero crimini di terrorismo, crimini quindi internazionali e soggetti al diritto internazionale consuetudinario di cui sopra, e come conseguenza, soggetti alla

potenziale applicazione del concetto di giurisdizione universale? Almeno da un punto di vista teorico, è pacifico che gli Stati Uniti avrebbero il diritto di arrestarli e giudicarli, pur omettendo dall'analisi le considerazioni che abbiamo espresso con riguardo alla problematicità di un processo.

Dal punto di vista della giurisdizione in senso stretto nulla da eccepire. Dove sta, però, l'anomalia? In primo luogo, è possibile rilevare una certa confusione tra piani e tra fonti. Se, come si è detto, questi soggetti, catturati in un contesto bellico, sono colpevoli di violazioni tali da farli assoggettare al concetto di giurisdizione universale, non si capisce perchè il loro arresto sia compiuto sulla base della discrezionalità definitoria di uno dei tanti governi mondiali, pur se autorevole come gli Stati Uniti. Non si capirebbe, quindi, la pretesa applicazione di un metodo internazionale, quale la giurisdizione universale, sulla base di una definizione nazionale e pure in mano all'Esecutivo (si parla ovviamente per quanto riguarda la legislazione del 2006, questa è in vigore da troppo poco tempo per poter compiere valutazioni in questo senso). Data la ricomprensione del terrorismo nella categoria di crimini contro l'umanità, questa ben potrebbe utilizzarsi per reprimere certi gravi atti, assoggettando alla giurisdizione penale di qualsiasi Stato anche i membri di un'organizzazione terroristica e, dato che, come abbiamo visto, è pacifica la formazione di una definizione consuetudinaria di terrorismo, perchè non applicare questa in luogo della problematica discrezionalità governativa? Si è rivelato, infatti, che molti soggetti detenuti dal 2001 ad oggi, ma in particolare molti dei primi arrivati nella baia, nulla avessero a che fare, a conti fatti, sia con gli attentati terroristici (che rientrerebbero nella definizione consuetudinaria), sia, più in generale, con il terrore. Alcuni di loro infatti sono stati arrestati sulla base di semplici sospetti.

In secondo luogo, il concetto di giurisdizione universale, in particolare di quel lato del principio che giustifica la competenza giurisdizionale dei tribunali per delitti commessi al di fuori del territorio di cui è parte l'organo giudicante, risulta abbastanza problematico anche dal punto di vista dello stesso diritto internazionale. A

ben guardare, questa consuetudine non appare molto precisa (si è formata sul concetto in sé e non sul genere di processo da applicare, nel nostro caso, ai terroristi o sospetti tali) ed è indipendente da qualsiasi valutazione sui singoli sistemi processuali. Insomma, mentre sulla base del diritto pattizio vi è qualche garanzia, in particolare quando, nelle diverse convenzioni per determinate condotte criminose, di cui in genere viene fornita una anche una definizione (come nel caso della Convenzione di Strasburgo, pur essendo un trattato internazionale di tipo regionale) per quanto riguarda la giurisdizione universale di tipo consuetudinario, non vi è una definizione precisa delle gravi violazioni che vi sono soggette. Inoltre, non vi è alcuna garanzia che lo Stato che sceglie di giudicare applichi accettabile di garanzie processuali o pre-processuali conformi ad un moderno Stato di diritto. Nel caso degli Stati Uniti possiamo certo parlare di uno Stato di diritto, di una moderna democrazia, che fa vanto di possedere uno dei sistemi processuali maggiormente garantistici dei diritti di difesa (seppur sempre perfettibile), protetto da clausole costituzionali all'apparenza impermeabili a tendenze di segno opposto, ma per i detenuti di Guantánamo ed in particolare per coloro che sono soggetti alla giurisdizione non è stato approntato, come abbiamo visto, un sistema processuale e pre-processuale degno di tale tradizione.

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, Guantánamo si trova al di fuori dei confini degli Stati Uniti e questo fatto ha degli effetti molto importanti sul piano dell'applicazione delle garanzie, pure costituzionali, su coloro che, a diverso titolo, solo lì detenuti, sia che si tratti di stranieri sia che si tratti di cittadini statunitensi. La collocazione a Cuba dei detenuti reputati più pericolosi risponde, dunque, a chiare ragioni di opportunità: la formale extraterritorialità del luogo di detenzione consentirebbe all'Amministrazione, sotto il profilo del diritto interno statunitense, di detenere chiunque e senza difesa.

Questo genere di dottrina dell'inapplicabilità della Costituzione e dei diritti ivi sanciti è abbastanza risalente, e, in particolare, è possibile ritrovarla nella giurisprudenza

della Suprema Corte nel caso del 1891! Nelle due seguenti decadi la Corte continuò a seguire questa dottrina in particolare nei casi conosciuti come criminali. In questi la Corte adottò la dottrina per la quale i diritti fondamentali si sarebbero dovuti estendere anche al di fuori dei confini in alcuni stati, ma non si sarebbe applicato a territori non incorporati negli Stati Uniti o che non erano destinati ad una piena statalità.

Guantánamo sembrò il luogo perfetto per la detenzione, perchè i soggetti sottoposti non avrebbero avuto alcun diritto costituzionale applicabile al trattamento che subivano da parte del governo, e nessuna legittimazione ad invocare questi ed altri diritti di cui fossero in possesso davanti alle corti federali, sottraendo così lo stesso Esecutivo a censure giudiziali. Occorre, però, specificare che la giurisprudenza meno risalente non conferma tale limitazione territoriale della Costituzione. Nel 1957, infatti, la Corte Suprema, nel caso che stabilì che i cittadini statunitensi all'estero godevano ancora appieno della protezione della Costituzione nei loro rapporti con il Governo nazionale. Insomma la territorialità del luogo, di domicilio e, in casi estremi come il nostro, di detenzione non è più in criterio di esclusione dalla protezione costituzionale per i cittadini, mentre la Corte sembra suggerire che sussista ancora tale limitazione. Il discrimine diventa quindi la cittadinanza? Sulla scia di questa decisione nel febbraio del 1990 la Corte Suprema affrontò il caso decidendo che il quarto emendamento⁶⁷⁸ non va applicato ai cittadini messicani (estendendo il ragionamento, ai non-cittadini) che non hanno avuto e non hanno alcun legame con gli Stati Uniti. La questione dell'extraterritorialità costituzionale è, più che una questione di disapplicazione della Costituzione, una questione di come questa può applicarsi e in che modo gli specifici diritti garantiti da questa possono risultare territorialmente limitati.

I casi che abbiamo appena visto ci mostrano come abitanti di territori annessi non necessariamente godono di pieni diritti costituzionalmente garantiti. Il caso di Guantánamo, territorio straniero in affitto (come il caso di territori militarmente

occupati), secondo l'interpretazione data dall'Esecutivo, sarebbe soggetto a garanzie costituzionali ancora più deboli, talora inesistenti, ma secondo un'altra interpretazione proprio l'inusuale situazione di Guantánamo, per la quale la sovranità sul territorio in questione è degli Stati Uniti, darebbe il via alla possibilità di applicare la Costituzione anche al territorio della baia cubana. In senso formale, Cuba sarebbe dotata della sovranità ultima sulla baia ma allo stesso tempo non è di tipo ordinario. perchè è potenzialmente infinito a discrezione della volontà degli Stati Uniti. Presumibilmente questo non altererebbe il trattamento dei detenuti soggetti a tale regime detentivo ma permetterebbe loro di agire attraverso alle corti federali.

Gli effetti di questo genere di extraterritorialità dei diritti, sono facilmente deducibili. Dal punto di vista governativo, l'extraterritorialità della base di Guantánamo e la relativa detenzione in quel luogo ha una serie di vantaggi. La base è accessibile solo con il permesso delle autorità, che in genere evitano l'entrata di giornalisti ed è molto sicura, per la sua posizione strategica rispetto ad eventuali attacchi che potrebbero provenire dall'esterno. Il maggiore "vantaggio" è, però, quello per cui, imprigionando i detenuti a Guantánamo non vi sarebbe giurisdizione di nessuna Corte degli Stati Uniti per il riesame della legalità della detenzione o per il giudizio sul trattamento dei prigionieri. L'Amministrazione ha sostenuto l'inapplicabilità della Costituzione e dei suoi diritti ai non cittadini detenuti al di fuori del territorio degli Stati Uniti. Dunque, non è sufficiente la disapplicazione di alcune clausole costituzionali sulla scia dell'emergenza in cui l'ordinamento statunitense ha dichiarato di sostare fino al termine della guerra contro il terrorismo, ma si è ritenuto "necessario" l'utilizzo della baia di Guantánamo, fuori dal territorio per negare l'applicazione della Costituzione ai detenuti.

Negli Stati Uniti, in generale, cittadini e non-cittadini godono degli stessi diritti costituzionali, nonostante eccezioni, quali il diritto al voto. Per quello che attiene l'oggetto della nostra discussione possiamo però sostenere che in territorio statunitense e nell'ordinarietà penale, godono del medesimo di diritti costituzionali

dal punto di vista processuale penale. Nel caso di Guantánamo, però, risulta di molto limitato, in particolare per l'utilizzo dinanzi alle corti federali e, di conseguenza, sul rilascio dei detenuti. In sostanza, in questo caso, possiamo sostenere che per i cittadini i diritti costituzionali sono garantiti come questione di personalità soggettiva mentre per i non cittadini diviene più una questione di localizzazione territoriale.

Nel territorio statunitense sono garantiti, al di fuori di esso sono sprovvisti di qualsiasi tutela. La detenzione indefinita temporalmente non avrebbe quindi nessun rimedio. La base di quest'interpretazione sta nella più risalente dottrina, e la conseguenza è che, con i non cittadini fuori dal territorio, fuori dai confini statunitensi, il governo può avere a che fare al di fuori dei limiti stabiliti dalle normali garanzie costituzionali senza essere soggetto a censure. Il problema è che la questione della sovranità territoriale della baia di Guantánamo è una questione non ancora risolta, e la giurisprudenza, come vedremo più avanti, ha tentato di garantire un minimo di garanzie anche per coloro, non cittadini, detenuti in qualità di sospetti terroristi.

La previsione costituzionale più rilevante (almeno nel contesto che prendiamo in considerazione qui) da considerarsi, secondo la prospettiva dell'Esecutivo, inapplicabile, nel contesto territoriale statunitense fu essenziale per la Corte Suprema al fine di arginare interrogatori di polizia eccedenti i limiti sanciti. Così se vogliamo capire se effettivamente vi sarebbe qualche ragione per limitarla nei confronti di non-cittadini al di fuori del territorio di sovranità nazionale, è prima necessario interrogarci sullo scopo di questa previsione dal punto di vista costituzionale. Questo, infatti, non è solo quello di proteggere i cittadini da indebite limitazioni a tale diritto da parte di previsioni legislative. Anzi, la Corte in passata giurisprudenza non ha escluso da questa protezione i non cittadini residenti sul territorio statunitense e secondo questa prospettiva, considerando Guantánamo come territorio nazionale, non vi sarebbe alcun limite ad ammettere la protezione costituzionale. Sarebbe, quindi, la sovranità e non la garanzia dei diritti ad essere soggetta alla dottrina. Il governo non

dovrebbe quindi comportarsi a riguardo in modo arbitrario e discriminatorio nei confronti dei non cittadini (anche per loro i diritti dovrebbero essere una questione di personalità più che di localizzazione territoriale), dovrebbe, invece, rimanere soggetto assoggettabile ad ogni possibile esecuzione da parte del potere giudiziario. Infatti, altro diritto che è stato espressamente negato ai non cittadini detenuti extraterritorialmente a Guantánamo è la possibilità di accedere alle corti federali per la censura dell'illegalità della detenzione, dal punto di vista dei presupposti, della durata e del trattamento nel corso di questa. A riguardo il precedente fondamentale è sicuramente la decisione della Corte Suprema sul caso del 1950.

In quella decisione, la Corte Suprema aveva stabilito che le Corti statunitensi non fossero competenti a esaminare le petizioni di presentate da alcuni agenti segreti tedeschi, i quali furono arrestati, processati e reclusi dalle autorità statunitensi in Cina per aver commesso crimini di spionaggio durante la seconda Guerra mondiale, e dopo furono incarcerati nella prigione di Landsberg, in Baviera, dove gli americani trattenevano i criminali di guerra.

In realtà, non c'è solo la Costituzione da considerare. Dal punto di vista del rispetto dei diritti, tra i quali rientra certamente anche il diritto ad un processo giusto, il diritto a non essere detenuti illegittimamente, ci sono da considerare anche fonti diverse da quelle prettamente costituzionali. Gli Stati Uniti fanno parte di convenzioni come a Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, che si esprime anche con rispetto ai diritti dei non cittadini. Nel caso di Guantánamo, infatti, vi è una sovrapposizione tra il diritto internazionale dei diritti umani (non solo il diritto internazionale umanitario) e le garanzie costituzionali in riferimento alle due problematiche esposte.

Nel diritto internazionale dei diritti umani i diritti, appunto, sono una questione di semplice personalità (chiunque ne è dotato), e dove non può arrivare il diritto costituzionale, nella fattispecie quello statunitense, là dovrebbe giungere il rispetto

del diritto internazionale da parte dello Stato, indipendentemente dalla cittadinanza dell'individuo soggetto a detenzione.

La centralità che la questione del trattamento dei detenuti nella base americana di Guantánamo occupa nel dibattito internazionale e costituisce la dimostrazione di come le tematiche relative al rispetto dei diritti fondamentali in generale, e alla garanzia della libertà personale in particolare, abbiano assunto una posizione di assoluta priorità in ambito mondiale. La mobilitazione delle organizzazioni internazionali e l'interessamento che istituzioni, media e opinione pubblica rivolgono a tale situazione, rivelano una ferma volontà di opporsi al trattamento riservato a questi individui. Ciò che è necessario è, dunque, comprendere a pieno le dinamiche delle operazioni di bilanciamento di interessi, che possono giustificare e rendere legittime le limitazioni alle libertà individuali ma che devono sempre comunque tradursi in misure eccezionali e limitate nel tempo. Con questi presupposti vedremo sulla base di quale i detenuti in questa prigione sono trattati da nemici e fino a che punto può arrivare tale trattamento privativo di diritti sulla base della sola definizione soggettiva di giurisdizione universale.

Visto che in parte già lo abbiamo visto della legislazione e degli documenti presidenziali, in questo paragrafo ci soffermeremo anche su quelle che potremmo definire fonti non convenzionali. La maggior parte dei sospetti terroristi arrestati si trova ancora in stato di carcerazione preventiva, quindi in attesa di giudizio. I detenuti possono essere distinti in due categorie.

Alla prima appartengono quanti si trovano in carceri dislocate degli Stati Uniti, della seconda, invece fanno parte quanti sono attualmente detenuti nella base militare statunitense di Guantánamo, sull'isola di Cuba. Questi sono di eterogenea estrazione: alcuni facevano parte dell'esercito regolare afgano, altri provengono da organizzazioni ritenute terroristiche (Al Qaeda, anzitutto). Queste ultime, benché siano insuscettibili di essere inquadrare nella nozione di esercito regolare,

mantenevano con il governo dei talebani profondi legami ideologici, logistici e militari.

L'Esecutivo statunitense ha costantemente definito i detenuti di Guantánamo: “combattenti illegittimi”, rifiutandosi di riconoscere loro lo status di “prigionieri di guerra” con i conseguenti diritti e tutele previsti dalla III Convenzione di Ginevra del 1949. Infatti, nel febbraio 2002, a seguito del primo conflitto instaurato in Afghanistan dopo l'attentato alle Torri Gemelle, in una dichiarazione pubblica dell'ufficio stampa della Casa Bianca, venne deciso che: la III Convenzione di Ginevra del 1949 sul trattamento dei prigionieri di guerra, della quale fanno parte sia gli Stati Uniti sia l'Afghanistan, si applica al conflitto in corso tra i talebani e gli Stati Uniti; la Convenzione, però, non si applica al conflitto armato in Afghanistan, o in altri luoghi, tra le milizie di Al Qaeda e gli Stati Uniti; né il personale combattente catturato talebano o di Al Qaeda ha diritto ad essere considerato prigioniero di guerra ai fini di tale definizione; nonostante ciò, tutti i catturati devono essere trattati umanamente, nel rispetto dei principi generali della stessa Convenzione e delegati del Comitato della Croce Rossa Internazionale, potranno visitare privatamente ciascun detenuto per assicurarsi delle sue condizioni di trattamento.

L'applicazione delle convenzioni di Ginevra dipende in primo luogo dall'esistenza di un conflitto armato; qui, in realtà, non è in gioco l'applicazione dell'intero diritto umanitario, ma l'esclusione soggettiva da questa, attraverso una non-ricomprensione degli individui catturati nella categoria di prigionieri di guerra, con la conseguente esclusione pratica da una serie di garanzie. L'articolo 4 della III Convenzione, in cui è inclusa la nozione di prigionieri di guerra, è, quindi, al centro della controversia interpretativa sullo status dei combattenti talebani e di Al Qaeda.

L'art. 4, infatti, si compone di due sezioni e di molte sottosezioni concernenti differenti categorie di persone abilitate a rivestire lo status di prigionieri di guerra. Il principio generale da seguire è quello per cui ogni membro di una forza armata di una parte che partecipa ad un conflitto è un combattente e, se catturato dalla parte

avversaria, diviene un prigioniero di guerra. La prima categoria fornita è quindi quella di membri di una forza armata ufficiale o di una milizia o corpo di tipo volontario. L'obbligo, però, è quello di distinguersi dalla popolazione civile. Rimanendo nell'ambito della prima categoria di prigionieri di guerra, più che altro la questione diventa se i combattenti talebani e membri di Al Qaeda si distinguano dai civili afgani (o risultano come parte di una vera e propria milizia o sono irriconoscibili rispetto alla popolazione ordinaria). Il fatto però che questi gruppi siano dotati di una struttura organizzativa e di comando favorisce la ricomprensione all'interno di questa categoria di prigioniero di guerra. La sezione A, primo comma, dell'articolo 4 prevede sia configurabile lo status di prigionieri di guerra (o legittimi combattenti catturati) anche per i "membri di forze armate di una parte del conflitto", nonché per i "membri di milizie o corpi volontari che facciano parte di queste forze armate". Ci sono però anche altre categorie che hanno il titolo per essere definite prigionieri di guerra, se catturate. Fra queste, soltanto la sezione A, secondo comma, impone i quattro requisiti cui si riferiva l'Esecutivo.

La Convenzione di Ginevra include, infatti, i membri di forze irregolari che si trovano sotto un comando responsabile, abbiano un segno distintivo, portino apertamente le armi e si uniformino alle leggi di guerra. Ed è proprio a queste caratteristiche che avrebbero dovuto rispondere, secondo l'Esecutivo i membri delle forze talebane e di Al Qaeda.

A ben vedere, si tratterebbe di un'erronea interpretazione delle previsioni della Convenzione. Secondo l'articolo 4A comma 1, i talebani, come membri delle precedenti forze armate afgane, sono da considerarsi presuntivamente, se catturati, come prigionieri di guerra.

Insomma, i combattenti talebani appartenevano ad un gruppo armato organizzato con tutte le caratteristiche di una forza armata, senza strutture militari non avrebbero nemmeno pensato di poter sostenere una campagna militare contro gli Stati Uniti. Si è argomentato anche, da parte dell'Esecutivo che alle milizie talebane non si potesse

applicare la Convenzione in quanto facevano parte di un governo non riconosciuto dagli Stati Uniti. Nonostante questo, però, il successivo comma 3 dell'articolo 4A esplicita, a chiare lettere, che il riconoscimento di un governo è irrilevante nella determinazione dello status di prigioniero di guerra. Invece, i quattro requisiti utilizzati dall'Esecutivo per fornire una definizione di combattenti legali sono ricavate dal comma secondo, applicabile solamente alle milizie e corpi volontari che non fanno parte di una forza armata regolare. Questi requisiti, semmai, risultano importanti per trattare combattenti catturati e detenuti in qualità di appartenenti ad Al Qaeda (anche se in tema di diritti e garanzie sarebbe forse auspicabile un'interpretazione meno restrittiva).

Per i combattenti di Al Qaeda occorre, infatti, fare un discorso a parte. La figura del combattenti di quest'organizzazione, catturati in Afghanistan risulta più problematica ma vi è nell'articolo 4, in particolare al comma 1, un chiaro riferimento anche ai corpi volontari facenti parte di una forza armata appartenente ad una delle parti in conflitto. Prima del conflitto del 11 settembre, la tendenza del diritto internazionale era quella di estendere la nozione di prigioniero di guerra e la relativa protezione, in modo da ricomprendere molti generi di belligerante, grazie soprattutto ai protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra.

In questa sede, in particolare ci interessa il primo, stipulato nel 1977, che, se ratificato, risolverebbe molti problemi interpretativi associati all'art. 4 della III Convenzione in riferimento ai termini "forze armate" e "combattenti". La prima definizione, quella di forze armate, è fornita dall'art. 43 comma primo dove si legge che la definizione, come è evidente, non distingue tra forze armate regolari, da più semplici gruppi di guerriglia armata o milizie che si possono incontrare nei moderni conflitti.

Se la forza armata o il gruppo è sotto l'autorità di un comando responsabile, ha qualche forma di organizzazione ed un sistema disciplinare interno, allora sarà qualificabile con uno status di combattente legale. L'effetto del primo protocollo è di

mettere tutte le forze armate che sono in possesso di questi requisiti minimi sullo stesso piano; ma è necessario un ulteriore requisito per “ambire” allo status di combattente, e di riflesso di prigioniero di guerra, quello stabilito dal seguente articolo 44 che prevede l’obbligo di distinguere sé stessi dai civili mentre si è coinvolti nella preparazione o nell’esecuzione di operazioni militari. Per quanto riguarda l’applicabilità di queste precisazioni di diritto internazionale pattizio è rilevante il fatto che gli Stati Uniti non hanno aderito a nessuno dei Protocolli (il primo l’hanno firmato ma non ratificato). In ogni caso, non possono essere considerate alla stregua di una carta dei diritti per i terrorismi, un atto da loro commesso non farà perdere loro lo status di prigionieri di guerra ma saranno comunque punibili attraverso sanzioni di tipo penale (gli atti di terrorismo sono comunque considerati come crimini internazionali). Infatti, dal punto di vista internazionale, il fatto che una persona avesse illegalmente partecipato alle ostilità non è un criterio di esclusione dall’applicazione allo status protetto di civile e da un trattamento umano, almeno secondo l’interpretazione prevalente delle norme pattizie data dai tribunali internazionali ora operanti.

In definitiva, tornando ai detenuti occorre fare qualche distinzione. In primo luogo, a coloro che non presero direttamente parte al conflitto afgano va certamente negato lo status di prigionieri di guerra. In secondo luogo, i detenuti che combatterono a fianco dell’esercito regolare talebano sono da ritenere comunque membri delle forze armate afgane, purchè sprovvisti di autonomia operativa ed in esecuzione di ordini dei comandi militari regolari.

Qualora, al contrario, operassero nell’ambito di cellule indipendenti, devono essere riconosciuti “gruppi di resistenza organizzati” e, di conseguenza, gli interessati sono ammessi allo status di prigionieri di guerra solo ove ricorrano le specifiche condizioni previste dall’art. 4 comma secondo. Con la determinazione dei requisiti per uno status di prigionieri di guerra è difficile che i redattori della Convenzione avessero in mente forze come quelle di Al Qaeda; per questo, è stato anche argomentato che non vi

sarebbe stata intenzione di applicare la Convenzione di Ginevra in quanto nel contesto della guerra al terrorismo i suoi meccanismi risulterebbero obsoleti, in particolare con riferimento alle garanzie ivi contemplate in tema di tortura e trattamento dei detenuti prigionieri di guerra, e non adeguati per l'ottenimento di utili informazioni per combattere il terrorismo.

Occorre, però, considerare anche la clausola contenuta nell'articolo 5 che stabilisce per un trattamento comunque conforme alle disposizioni della Convenzione, fino a che il dubbio relativo alla sua applicazione non si sia risolto. Infatti, al comma secondo si stabilisce che: "in caso di dubbio circa l'appartenenza delle persone, che abbiano commesso un atto di belligeranza e siano cadute in potere del nemico, ad una delle categorie enumerate nell'articolo 4, dette persone fruiranno della protezione della presente Convenzione, nell'attesa che il loro statuto sia determinato da un tribunale competente". Posto che il Presidente non può certo essere considerato alla stregua di un tribunale, qui interessa rilevare che lo status giuridico dei detenuti di Guantánamo, non può essere definito in modo generalizzato, ma al contrario deve essere determinato caso per caso con relativo accertamento. E' chiaro che, se si nega o si impedisce l'accesso ad un'autorità competente per questo accertamento, allora è facile sfuggire al dettato del diritto internazionale.

Infatti, l'Amministrazione statunitense disattende l'articolo 5 della Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra; ogni Stato contraente deve, attraverso i propri strumenti legislativi, fissare i criteri per l'individuazione del giudice competente.

Questo articolo era stato attuato all'interno dell'ordinamento statunitense attraverso sentenze americane del 1997, che prevede la possibilità di celebrazione di udienze per le persone catturate sul campo di battaglia; di modo che siano messi in condizione di dimostrare di poter rientrare nella categoria di prigionieri di guerra o in quella di civili innocenti. Si dà al detenuto l'opportunità di testimoniare o di portare testimoni ma nessuna possibilità di accedere ad un difensore. Nonostante la previsione

dell'articolo 5 e la sua applicazione attraverso il regolamento, dopo l'invasione dell'Afghanistan, il Governo si rifiutò categoricamente di celebrare anche una sola udienza data la generale inapplicabilità della Convenzione. Di principio nessuno poteva essere considerato prigioniero di guerra o civile innocente. In effetti, è teoricamente possibile che un presidente faccia tale dichiarazione di esclusione per quanto riguarda la categoria di prigionieri di guerra su un determinato campo di battaglia (dipende ovviamente all'attuazione della Convenzione da parte dello Stato in questione), quello che però teoricamente non è possibile, è l'esclusione a priori dallo status di civile; tale affermazione è possibile solamente caso per caso mentre, inizialmente, il governo si rifiutò di fornire l'opportunità ai detenuti di dimostrare di possedere uno status diverso. È, quindi, in definitiva, priva di ogni fondamento, alla stregua sia del diritto internazionale che del diritto interno, la pretesa dell'Esecutivo di sfuggire al controllo giudiziario.

In particolare, tra le sue disposizioni, possiamo ricordare l'articolo 13 che sancisce la necessità di un trattamento umano, del quale non viene fornita una definizione ma vengono solamente sancite alcune proibizioni imprescindibili oltre a varie altre disposizioni sugli effetti personali, i trasferimenti, l'alloggio, la libertà di culto.

L'articolo 17 stabilisce le modalità per l'interrogatorio. A questo proposito, la di Ginevra ha sempre considerato anche le esigenze dei Paesi detentori i prigionieri di guerra. Le garanzie stabilite sono una sorta di status minimo. Di fatto, le uniche informazioni che un prigioniero di guerra è tenuto a fornire riguardano i dati anagrafici ma non c'è alcuna previsione che proibisca di fornirne altre. Questo significa che è accettabile in alcune circostanze indurre o ingannare i prigionieri al fine di ottenere informazioni utili, in particolare, appunto. La necessità di interrogare non sarà, però, mai una ragione per diminuire le garanzie dello status di prigioniero di guerra. Le previsioni della Convenzione pongono particolare attenzione alle condizioni in cui una persona detenuta è interrogata. All'articolo 14 (comma quarto)

viene proibita, infatti, ogni forma di tortura, fisica o psicologica e l'obbligo di trattamento umano dei detenuti è previsto anche in questa fase.

Inoltre, l'art. 118 della Convenzione di Ginevra dispone che il prigioniero di guerra debba essere rimpatriato al termine delle ostilità. Si spiega, così, in parte, la fermezza dell'Amministrazione nel negare ai detenuti tale: una volta riconosciuto si imporrebbe immediatamente il rilascio e il rimpatrio o, quanto meno, il problema si sposterebbe sull'avvenuta cessazione delle ostilità (problematica nel nostro caso, se non altro nei confronti dei prigionieri appartenenti ad Al Qaeda). Il dovere di rilascio e rimpatrio, quindi, non previene da una detenzione continuata e duratura. Inoltre, la Convenzione di Ginevra non consente, nel caso di specie, l'uso delle commissioni militari che abbiamo imparato a conoscere.

L'articolo 102, infatti, esige che il prigioniero di guerra venga giudicato dalle stesse corti ed in ottemperanza alla stessa procedura, che si seguirebbe allorché lo stesso fatto fosse commesso da un membro delle Forze Armate della potenza detentrica. In particolare, dato che il diritto penale militare ordinario degli Stati Uniti non conosce il reato di terrorismo, il militare americano che ne fosse accusato verrebbe processato da una corte distrettuale, in base al diritto penale comune. Pare dunque logico che, ove fosse riconosciuto lo status di prigionieri di guerra ai detenuti di Guantánamo, la giurisdizione delle commissioni militari dovrebbe essere sostituita da quella delle corti distrettuali. In ultima analisi, applicare le tutele delle Convenzione di Ginevra significherebbe rinunciare integralmente ai principi di fondo su cui si fonda attualmente l'ordinamento statunitense nella repressione giudiziaria del terrorismo internazionale.

Il rifiuto dell'Amministrazione statunitense di riconoscere ai detenuti di Guantánamo lo status di prigionieri di guerra, ai quali è invece attribuita la qualifica di combattenti illegittimi, ci porta, invece, a chiederci quale sia il trattamento spettante ai combattenti illegittimi, ammesso che la qualifica sia esatta. Storicamente, i combattenti illegittimi sono sottratti alla possibilità di fruire delle più elementari

tutele. Secondo il diritto internazionale consuetudinario tradizionale, possono essere, per esempio, condannati (di solito alla pena capitale) dopo un processo sommario.

Dall'esperienza giudiziale successiva alla Seconda Guerra Mondiale è emerso che il fatto di avere messo a morte un combattente illegittimo non espone l'autore a responsabilità penale. Tuttavia, si vorrebbe che in tempi più recenti, tempi di maggiori diritti e garanzie, vada per la maggiore l'idea che nessuno possa subire sanzioni penali (la pena capitale) senza un processo o in base ad un accertamento giudiziario meramente simbolico o sommario. La costruzione di diritto internazionale consuetudinario, che tradizionalmente nega ogni tutela ai combattenti illegittimi, potrebbe essere considerata non più attuale. Come ausilio a questa affermazione, citiamo alcune convenzioni che, anche qualora non si applicasse ai detenuti di Guantánamo la III Convenzione di Ginevra, per le quali questi sarebbero comunque tutelati da garanzie di tipo internazionale: la IV Convenzione di Ginevra sulla Protezione delle Persone Civili in Tempo di Guerra del 12 agosto 1949; inoltre, si possono citare altri atti internazionali che possono valere ai fini di una tutela dei detenuti nella vicenda Guantánamo: quali, in particolare, le norme sullo status minimo per il trattamento di prigionieri, adottate dalla Prima Conferenza delle Nazioni Unite sulla "Prevenzione del Crimine ed il Trattamento dei Colpevoli" nel 1955, cui fu aggiunto, nel 1977, l'art. 95, il quale prevede che qualunque individuo arrestato e imprigionato senza che sia stata sollevata alcuna accusa a suo carico dovrebbe beneficiare della maggior parte delle garanzie previste dallo status minimo per il trattamento dei prigionieri. Ancora: il "Patto internazionale sui diritti civili e politici" del 1966 per il quale vi sarebbero il diritto di non essere sottoposti a misure restrittive della libertà personale se non nei casi previsti dalla legge, il diritto di contestare in giudizio la legittimità di ogni misura restrittiva e il diritto di essere informati della natura dell'accusa formulata a proprio carico; la "Carta dell'Organizzazione degli Stati americani" del 1948; la "Convenzione americana dei diritti umani" del 1978 (che è stata firmata ma non ratificata dagli Stati Uniti); la

“Convenzione contro la tortura e le altre pene e trattamenti inumani o degradanti” del 1984.

Ha rilievo, inoltre, l’art. 75 del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, adottato a Ginevra l’8 giugno 1977, in quale stabilisce che gli individui che non siano titolati a godere del più favorevole trattamento riservato ai prigionieri di guerra devono comunque “essere trattati umanamente in ogni circostanza”; essi devono essere ammessi a beneficiare di alcune fondamentali garanzie processuali, tra cui il diritto ad essere informati dell’accusa, di godere della presunzione di innocenza, di essere presenti al processo, di poter chiamare a deporre testimoni a discarico e di esaminare direttamente quelli a carico, di avere accesso ad una difesa legale. Non avendo ratificato tale protocollo ne consegue, secondo gli Stati Uniti, che ai combattenti illegittimi di Guantánam non è dovuto il trattamento previsto dalla normativa convenzionale. Tuttavia, l’elevato numero di ratifiche raccolta dal Protocollo è un attendibile indicatore del percorso evolutivo seguito dalla prassi internazionale sul trattamento dei combattenti illegittimi. Si potrebbe quindi riconoscere una norma consuetudinaria tendente ad escludere che i combattenti illegittimi possano essere sottratti ad ogni forma di tutela, almeno in via teorica.

Ma la conseguenza certamente più importante di tale classificazione è stato l’impatto che si è avuto sui metodi di interrogatorio. Oltre a detenzioni temporalmente senza fine, l’amministrazione ha ritenuto di poter disapplicare anche tutte le convenzioni relative alla tortura e ai trattamenti inumani e degradanti. A prova di questo, il 2 maggio 2004 viene pubblicato un documento risalente al febbraio 2004, originariamente riservato, che contiene i risultati di un’indagine amministrativa interna all’esercito statunitense sul trattamento dei prigionieri catturati a seguito della campagna militare in Iraq (in relazione agli iracheni detenuti nelle carceri di Abu Ghraib e Camp Bucca). L’estensore del rapporto, il generale Antonio M. Taguba, conclude affermando che le indagini svolte hanno evidenziato “gravi violazioni del diritto internazionale”, commesse da singoli militari, ed il “fallimento” dei

comandanti nell'ottemperare alla disciplina che tutela i prigionieri dagli abusi. Dopo la "diagnosi", fa nomi e cognomi dei responsabili e sollecita l'adozione di specifici provvedimenti sanzionatori. Nel maggio 2004 i media diffondono materiale fotografico sugli abusi subiti dai detenuti iracheni. L'Esecutivo, costretto dagli eventi, sostituisce il vertice della prigione di Abu Ghraib, istituisce una commissione d'inchiesta e pubblica, il 22 giugno, circa 300 pagine di documenti originariamente riservati (data di prevista pubblicazione: aprile 2013) che elencano, tra l'altro, le tecniche di interrogatorio approvate dal segretario alla difesa Donald Rumsfeld. La vicenda dei prigionieri iracheni si intreccia con quella dei detenuti di Guantánamo.

I documenti "declassificati", infatti, non riguardano le tecniche usate ad Abu Ghraib bensì quelle invalse a Guantánamo (anche se è da ipotizzare che i questi metodi siano sostanzialmente analoghi). Fra il materiale pubblicato, di particolare interesse risulta un memorandum del 16.4.2003, inviato da Rumsfeld al generale comandante del Comando statunitense meridionale, che contiene l'elenco e la descrizione delle tecniche approvate dal segretario alla difesa (l'approvazione era stata sollecitata nell'ottobre 2002 per l'autorizzazione di 35 metodi di interrogatorio dal comandante della base navale al suo superiore diretto, il generale cui era stato indirizzato il documento). Si tratta di metodi di "tortura leggera", che non dovrebbero arrecare danni permanenti. L'elenco non è tassativo: mentre le tecniche previste vengono autorizzate una volta per tutte, rimane possibile sperimentarne altre e più invasive, previa specifica autorizzazione del segretario alla difesa.

Ecco i metodi consentiti: 1) offrire migliori condizioni a chi collabora o minacciare di toglierli; 3) : "giocare sull'affezione che il detenuto nutre per un individuo od un gruppo"; 4) "giocare sull'odio che il detenuto nutre per un individuo od un gruppo"; 5) "aumentare significativamente il livello di paura di un detenuto"; 6) "aumentare moderatamente il livello di paura di un detenuto"; 7) "ridurre il livello di paura di un detenuto"; 8) "incrementare l'ego di un detenuto"; 9) "attaccare ed insultare l'ego di un detenuto, non oltre i limiti che si applicherebbero ad un prigioniero di guerra.

Avvertimento: l'articolo 17 della III Convenzione di Ginevra stabilisce che i prigionieri di guerra che rifiutano di rispondere non possono essere minacciati, insultati od esposti a qualsivoglia trattamento svantaggioso o sgradevole. Le altre nazioni che ritengono che i detenuti siano titolati a ricevere le protezioni spettanti ai prigionieri di guerra potrebbero considerare queste tecniche irrispettose delle previsioni di Ginevra. Sebbene le previsioni di Ginevra non siano applicabili all'interrogatorio dei combattenti illegittimi, questi punti di vista dovrebbero essere presi in considerazione prima di applicare la tecnica". 10) fare leva sul senso di inutilità del detenuto; 11) convincere il detenuto che gli interroganti sanno già le risposte. 12) convincere il detenuto che l'interrogante lo ha scambiato per un'altra persona; 13) ripetere continuamente la stessa domanda; 14) far credere al detenuto che l'interrogante è già in possesso di informazioni che lo "incastrano"; 15) "composto da un interrogante amichevole ed uno ostile. L'interrogante ostile potrebbe impiegare certe tecniche. Avvertimento: altre nazioni che credono che le tecniche si applichino ai detenuti potrebbero ritenere questa tecnica in contrasto con l'articolo 13 della terza Convenzione di Ginevra, che dispone che i prigionieri di guerra debbono essere protetti dagli atti di intimidazione. Sebbene le previsioni di Ginevra non siano applicabili all'interrogatorio di combattenti illegittimi, questi punti di vista dovrebbero essere presi in considerazione prima di applicare la tecnica"; 16) "fare domande in rapida successione senza permettere al detenuto di rispondere" 17) "rimuovere il detenuto dalla posizione di interrogatorio" (mettere in detenuto in una posizione più comoda; 19) posizione più scomoda; 20) cambiare la dieta al detenuto, senza privarlo del cibo e senza cagionare effetti dannosi di ordine medico o culturale; 21) "alterare le condizioni ambientali per creare moderato disagio (ad esempio, variare la temperatura od introdurre esalazioni sgradevoli). Le condizioni non devono essere tali da nuocere al detenuto. Avvertimento: in base a casi giudiziari di altri Paesi, alcune nazioni potrebbero ritenere che l'applicazione di questa tecnica in talune circostanze sia inumana. Si consideri questo punto di vista prima di

applicarla”; 22) regolare i tempi di sonno del detenuto (ad esempio, scambiare il giorno con la notte). Questa tecnica non coincide con la privazione del sonno; 23) “convincere il detenuto che individui di un altro Paese, oltre agli Stati Uniti, lo stanno interrogando”; 24) “isolare il detenuto dagli altri detenuti, rispettando la base di trattamento. Avvertimento: per non più di 30 giorni. Alcuni Stati potrebbero ritenere che questa tecnica sia contraria agli articoli 13 (che prevede che il prigioniero di guerra sia protetto dagli atti di intimidazione), 14 (che prevede che il prigioniero di guerra sia rispettato nella propria persona). Sebbene la Convenzione di Ginevra non sia applicabile all’interrogatorio dei combattenti illegittimi, si dovrebbe considerare questi punti di vista prima di applicare la tecnica”.

La logica di questi metodi, considerabili alla stregua di tortura, seppur blanda, era quella di ottenere maggiori informazioni, di costringere i terroristi o i presunti tali a confessare i loro legami con la rete del terrore e a dare informazioni utili per la prevenzione di futuri attentati. I metodi sono consentiti esplicitamente solo per i detenuti di Guantánamo, considerati dall’Esecutivo come i soggetti più pericolosi, ma è chiaro che avendo un avallo di tipo governativo questi potevano essere estesi anche ad altre prigioni. Significativo è il fatto che, come metodo di intimidazione nelle prigioni irachene, si utilizzasse negli interrogatori la minaccia di trasferimento alla prigione di Guantánamo.

Già nel 2001 vennero intraprese, di fronte ai tribunali statunitensi, azioni per conto di alcuni detenuti di Guantánamo, con esito negativo per i ricorrenti. Il punto di svolta si ha il 10 novembre 2003 quando la corte si pronuncerà il 28 giugno 2004, in relazione, rispettivamente, ai casi congiunti.

È significativo che tutte queste pronunce siano state fatte da una Corte con giudici scelti in prevalenza da presidenti repubblicani quindi, si presume, una corte conservatrice, che si è spaccata quasi a metà in tutti i casi in esame, depotenziando in parte l’autorità di tali pronunce. Nella lettura delle opinioni concorrenti e dissenzianti si può leggere un certo disorientamento nel ruolo di censore delle scelte e degli abusi

dell'Esecutivo in situazioni di crisi. Certo, l'ordinamento costituzionale statunitense è disegnato in modo da far decidere con grande autonomia alla Corte Suprema le questioni da esaminare ma il Governo statunitense non ha mai fatto grande mistero, attraverso la sua linea difensiva, di preferire che, in questi casi, i giudici decidessero di tacere e si dichiarassero incompetenti a questionare e eventualmente censurare, le scelte attinenti la responsabilità politica per questioni di sicurezza nazionale.

La questione sottoposta ai giudici in questo caso riguarda l'ammissibilità dei ricorsi presentati in nome di alcuni stranieri arrestati nel 2002 durante la campagna militare in Afghanistan e trasferiti nella base navale di Guantánamo, scelta in base all'extraterritorialità che avrebbe dovuto impedire l'esercizio della giurisdizione delle corti statunitensi, almeno così avevano ritenuto sia la corte distrettuale sia la corte di appello. L'amministrazione in questo caso aveva argomentato l'applicabilità del precedente per il quale si era negato che alcuni cittadini tedeschi potessero vantare un diritto costituzionale ad adire i tribunali ordinari statunitensi. Così la prima istanza concernente i detenuti di Guantánamo venne inoltrata da un gruppo di ecclesiastici, avvocati e professori che rivendicavano il proprio potere di rappresentare soggetti ai quali era negato l'accesso alle corti, ma questa venne negata dalla mancanza di legittimazione ad agire dei promotori; nessuno di loro aveva mai in realtà conosciuto gli individui per conto dei quali agiva. Successivamente anche il ricorso fu negato dalla Corte suprema.

La prima istanza ammessa fu quella provocata da una seconda istanza predisposta da dei parenti stretti di alcuni detenuti che la presentarono alla corte d'appello. Con la decisione la corte d'appello aveva rigettato le pretese facendo appunto riferimento al noto precedente, per il quale le corti statunitensi adite non sarebbero state competenti ad esaminare, di conseguenza, non avrebbero avuto l'autorità giurisdizionale di giudicare i casi relativi ai detenuti di Guantánamo, perchè la base non è situata su territorio statunitense. Dalla Corte venivano messe in evidenza le analogie con il precedente del 1950. Entrambi i casi riguardavano cittadini stranieri catturati

all'estero nel corso di operazioni militari e che, pur essendo tenuti in detenzione dalle forze armate americane, non avevano toccato il suolo statunitense.

Le conclusioni delle corti inferiori erano rivolte indirettamente a confermare la scelta dell'Esecutivo, che attraverso la scelta della baia di Guantánamo, come luogo di detenzione, tendeva ad impedire ai detenuti e, indirettamente, il controllo giurisdizionale. Il punto di svolta dell'intera giurisprudenza della Corte Suprema concernente i detenuti di Guantánamo giunge quando, il 10 novembre del 2003, la Corte annuncia l'ammissione di questo caso e la soluzione del seguente quesito: sono competenti le corti degli Stati Uniti a sindacare la legalità della detenzione di detenuti stranieri, catturati all'estero nell'ambito di ostilità e incarcerati, senza limiti di tempo, nella base navale cubana? Il caso *Al Odah* alla Corte Suprema viene associato, per contiguità di materia, ad un altro, riguardante il più noto cittadino britannico, *Shafiq Rasul*. Anche questo era passato attraverso il primo e il secondo grado con esiti simili; infatti, in entrambe le decisioni gli era stato negato il diritto a causa della sua condizione di straniero arrestato e detenuto in territorio formalmente non statunitense. La Corte Suprema, nei due casi riuniti ha deciso in senso contrario alla giurisprudenza, sia rispetto al precedente e il rispetto alle sentenze dei gradi inferiori. Avanzavano in particolare tre richieste: a) dovevano essere rilasciati perchè soggetti a detenzione illegittima; b) avevano il diritto ad avere accesso a conversazioni private e non monitorate con i loro avvocati e c) gli interrogatori dovevano cessare fino alla completa instaurazione di un processo.

La corte distingue il caso *Rasul* dal precedente caso. Nella sentenza del 1950 la Corte aveva, infatti, rilevato la mancanza dei prigionieri sulle richieste di revisione giudiziaria della loro detenzione e si era così limitata a constatare l'assenza di ulteriori indicazioni nella legislazione dell'epoca. La distinzione avviene più da un punto di vista soggettivo. Nel caso *Rasul*, infatti, non si tratta di cittadini di paesi in guerra contro gli Stati Uniti, sono detenuti da oltre due anni su di un territorio sul

quale, secondo la Corte (attraverso l'interpretazione dell'accordo tra i due Stati), gli Stati Uniti esercitano "pieno controllo e giurisdizione".

Sotto il profilo della competenza, per quanto riguarda l'applicabilità extraterritoriale della legge la Corte non solo ritiene che i fatti in quel momento sottoposti al suo giudizio siano differenti ma si rifà ad un altro suo precedente, nel quale era stato stabilito che la presenza fisica di un prigioniero sul territorio dove si esercita la giurisdizione di una corte federale non è un requisito "irrinunciabile" per riconoscere al soggetto interessato il diritto all'accusato.

Sarebbe sufficiente che il soggetto che avesse in custodia il detenuto fosse subordinato alle garanzie processuali in tema di una Corte statunitense lo possa giudicare in merito alla sua condotta. Dal momento che coloro che li hanno in custodia sono soggetti sottoposti alle leggi federali e che la loro condotta può essere giudicata presso un organo giurisdizionale statunitense, ne consegue, che, secondo questo precedente, la base è soggetta alla giurisdizione e al controllo degli Stati Uniti, (a prescindere dalla sovranità che esercita Cuba) e, che, quindi, i detenuti di Guantánamo (tutti i detenuti), saranno equiparabili a qualsiasi detenuto in suolo statunitense e potranno adire qualsiasi corte federale per il controllo della legittimità della sua detenzione. I giudici hanno stabilito che il limite territoriale, operativo in altri contesti, non poteva valere nel caso delle detenzioni operate in un territorio soggetto alla "piena giurisdizione e controllo" degli Stati Uniti fino a che questi lo vorranno. Trattandosi di una garanzia legata ad un diritto fondamentale, come la libertà personale, alla sovranità nazionale non può essere data un'interpretazione di tipo formalista ma occorre considerare la natura di fatto della giurisdizione e del dominio esercitato sul territorio. Lo stesso governo riconosce che i cittadini americani presenti sulla base navale di Guantánamo possono rivolgersi ai giudici federali contro la violazione delle leggi americane e dal momento che non distingue tra prigionieri stranieri o statunitensi non vi sarebbe alcuna ragione per questo genere di discriminazione.

Questi due casi non sono tanto importanti per quanto riguarda Guantánamo ma, piuttosto, per la reazione della Corte Suprema ai diritti negati associabile anche ai cittadini statunitensi. Questi due cittadini, Yaser Esam Hamdi da un lato e José Padilla dall'altro erano stati detenuti, sulla base delle elezioni presidenziali del 2001, sul territorio statunitense, anche se Hamdi aveva trascorso anche un breve periodo nella prigione della baia cubana. Il primo caso è fondamentale per quanto riguarda la disamina dei diritti negati dall'Esecutivo in nome della guerra al terrorismo, il secondo, invece, può essere considerato alla stregua di una “non decisione” (comunque interlocutoria del pensiero del collegio), perché la Corte Suprema non giungerà mai a questionarne il merito.

In questo modo si voleva impedire che il giudice si pronunciasse sul merito della questione. La Corte di primo grado ritenne però che tale rapporto non fosse sufficiente per la piena comprensione dei motivi per cui Hamdi era detenuto, e quindi per la legittimità o meno della detenzione stessa, dato che vi erano contenute affermazioni troppo generiche, dichiarazioni e testimonianze per lo più ordinò quindi la produzione di nuovi documenti da parte del Governo tra i quali i verbali di interrogatorio a cui il detenuto era stato sottoposto. Il livello probatorio, dunque, a differenza della decisione presa dalla Corte di primo grado, nella quale si ritenevano vincolanti le stesse regole previste per i procedimenti doveva essere considerato alla luce della situazione eccezionale per la quale si esigevano nuove regole in nome della sicurezza nazionale.

Si giunge così alla decisione della Corte Suprema che ritiene incontestabili le rivendicazioni di Hamdi ed annulla la decisione della Corte d'appello. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi essenzialmente su due questioni: se gli Stati Uniti possono mantenere in detenzione, e in caso affermativo, per quanto tempo, un proprio cittadino considerandolo senza accusarlo formalmente di alcun crimine e se, contestando il detenuto possa avvalersi del diritto e in quale forma. Le motivazioni sviluppate dai giudici rendono questa pronuncia assai significativa, perché insieme al

tema delle garanzie processuali per i cittadini si esamina anche l'argomento degli equilibri tra poteri costituzionali nelle situazioni di crisi, costringendo i giudici a riconoscere la natura non convenzionale del conflitto in corso e l'inadeguatezza delle norme internazionali e dei precedenti giurisdizionali nel decidere questo caso.

I sei giudici che formano la maggioranza si dividono sulle motivazioni della loro scelta favorevole al ricorrente. Per quanto riguarda la questione attinente il rispetto delle prerogative costituzionali e dei limiti stabiliti dal bilanciamento tra poteri, quattro giudici (O'Connor, Rehnquist, Kennedy e Breyer) ritengono che il Congresso abbia autorizzato l'imprigionamento dei combattenti nemici attraverso nel caso di specie non sono sufficientemente dimostrati i motivi alla base di tale qualificazione. La qualificazione governativa di un cittadino statunitense come nemico combattente è alquanto arbitraria perché, almeno al momento della decisione della Corte, il Governo si era limitato a stabilire che si trattasse di individui che supportavano forze ostili agli Stati Uniti o ad uno dei suoi alleati, in particolare nella guerra in Afghanistan. Vi sarebbe la necessità di verificare se il Congresso abbia autorizzato una detenzione a tempo indeterminato, in funzione della natura non convenzionale del conflitto in corso. Alla luce del diritto internazionale bellico la risposta sarebbe negativa perché la custodia militare preventiva non può prolungarsi oltre il periodo delle ostilità e la guerra in Afghanistan, al momento della decisione era effettivamente e dichiaratamente terminata.

La questione diviene squisitamente costituzionale e può essere risolta solamente attraverso il bilanciamento degli interessi in gioco, tra la sicurezza nazionale, messa in pericolo dagli attentati terroristici e il tentativo di evitare che una persona si trovi ingiustamente detenuta per un periodo di tempo indefinito. Anche se il Congresso ha autorizzato la detenzione rimane la questione del diritto del cittadino americano di contestare le accuse in giudizio. Richiamando il precedente *Rasul* il giudice riafferma la crucialità dell'istituto quindi del controllo giurisdizionale sulle privazioni della libertà stabilite dall'Esecutivo e della clausola costituzionale. Il giudice si riferisce

alle commissioni militari di cui si servono le forze armate per dichiarare se un detenuto rientri nella definizione di prigionieri di guerra, cioè soggetto che per ragioni di sicurezza o per la possibilità che possa ostacolare le indagini deve essere trattenuto (Hamdi rientrerebbe chiaramente in questa seconda categoria non essendo prigioniero di guerra).

Per quanto riguarda il bilanciamento tra poteri il giudice O'Connor fa un'importante affermazione: "è proprio nei momenti più burrascosi ed incerti che il dovere della nostra Nazione di fornire un giusto processo è più duramente messo alla prova; ed è in questi momenti che dobbiamo preservare i nostri principi, gli stessi per i quali combattiamo all'estero". Si ricorda la salvaguardia del principio di separazione dei poteri a fronte di una rischiosa eccessività dell'Esecutivo, anche nelle situazioni di emergenza. Citando anche le parole di O'Connor si ricorda che: "uno stato di guerra non costituisce un mandato in bianco per il Presidente quando siano coinvolti i diritti dei cittadini" e che "qualsiasi sia il potere che la Costituzione conferisce all'Esecutivo quando si tratta di politica estera o di conflitti, essa più di tutto prevede un ruolo per i tre poteri quando siano in gioco le libertà individuali".

In conclusione, Hamdi non ha ricevuto alcun processo, non costituendo l'interrogatorio un'adeguata ricognizione dei fatti davanti ad un giudice imparziale come vuole la Costituzione. È necessaria, quindi, una fase processuale che stabilisca lo status dei prigionieri da cui dipendano le modalità della detenzione e fino a che non si provveda in tal senso la giurisprudenza è tenuta costituzionalmente.

Subito dopo il trasferimento l'avvocato presentò una istanza alla Corte federale di New York indicando come accusato il Segretario di Stato Donald Rumsfeld, per le violazioni rilevate al diritto alla difesa: si contestava la definizione dell'illegalità della detenzione dal punto di vista del negato diritto al colloquio con il difensore. La Corte nel dicembre 2002 rigettò l'istanza sostenendo che il Presidente e i suoi più alti collaboratori non sono tenuti a giustificare al tribunale la designazione da loro operata di un prigioniero riconoscendo però il diritto del detenuto di presentare

elementi contrari al rapporto Mobb al fine di negare lo status di prigioniero. La Corte, nel dicembre 2003 capovolse la pronuncia affermando, al contrario, che il Governo non ha diritto a trattenere Padilla in uno stato di prigioniero senza presentare nei suoi confronti accuse formali e che il Presidente non ha l'autorità per definire un cittadino statunitense senza l'intervento del Congresso. Venne così rinviato il caso perché la stessa emettesse un ordine nei confronti di Rumsfeld affinché Padilla venisse rilasciato dallo stato di custodia militare e trasferito all'autorità giudiziaria ordinaria.

Il Governo disattendendo quanto stabilito dalla corte di secondo grado si appellò alla Corte Suprema. Le questioni sottoposte sono principalmente due: una prima questione di ordine procedurale, ovvero se la Corte Distrettuale di New York fosse o no il giudice competente ad accogliere la richiesta di Padilla; la seconda di tipo sostanziale, cioè se Padilla, quale cittadino statunitense qualificato, sia legittimamente detenuto nelle mani dell'Esecutivo. Dinanzi alla Corte Suprema il Governo sostiene semplicemente che, con molta probabilità anche se non con certezza, Padilla è un terrorista ma che il Presidente ha comunque l'autorità per sottrarlo all'ordinario sistema penale e per detenerlo a tempo indeterminato allo scopo di interrogarlo e di estorcergli ogni informazione utile alla sicurezza nazionale. La Corte non giungerà mai a decidere sul merito e l'opinione maggioritaria, stesa dal giudice Rehnquist, gioca sulla sola prima questione: la delimitazione territoriale delle diverse giurisdizioni federali implicate che non permetterebbe di questionare sul merito ma lascerebbero solo lo spazio di rinviare gli atti al giudice del distretto di New York dove il caso ha avuto origine. È un problema di giurisdizione; infatti, la legge federale che regola le ipotesi di limitazione della libertà personale richiede che i detenuti debbano identificare la controparte nell'autorità che ha materialmente in custodia il ricorrente e, di conseguenza rivolgersi al foro competente.

Merita, però, attenzione l'opinione formulata dal giudice Stevens (con Souter, Ginsburg e Breyer) ricca di spunti di riflessione, sulla base dei quali la questione procedurale in esame si risolve come una conseguenza della decisione del governo di

trasferire Padilla dalla giurisdizione ordinaria a quella militare quando la Corte di New York (competente per territorio in quel momento) aveva già assunto la giurisdizione, di tipo ordinario, della sua istanza di messa in libertà e senza rispettare la prassi di avvertire la difesa di questo cambiamento. Se l'avvocato fosse stato adeguatamente informato, sostiene Stevens, l'istanza, nell'interesse del governo, avrebbe sicuramente rispettato le normali regole procedurali. Questo modo di procedere del governo. Stevens ritiene, quindi, che non siano le questioni procedurali ad importare ma quelle sostanziali e, in particolare, le motivazioni addotte per la detenzione di Padilla; questa era stata disposta solo per costringerlo a fornire ogni informazione possibile, con la speranza che fosse utile a prevenire futuri attentati. "In questo caso", dice Stevens, "è in discussione l'essenza di una società libera; l'accesso ad un avvocato allo scopo di proteggere un cittadino dagli errori dell'amministrazione o da maltrattamenti è un segno distintivo di un giusto processo". È inammissibile, si conclude, una detenzione in isolamento per un periodo prolungato di tempo e questo trattamento si traduce sostanzialmente in tortura.

Nei casi precedenti la Corte Suprema, pur avendo mosso una serie di critiche alle politiche penali dell'Esecutivo in tema di terrorismo e fatto un passo in avanti per il riconoscimento dei diritti fondamentali, non si era mai spinta fino a considerare espressamente contrarie al diritto internazionale le misure di internamento e le pratiche di interrogatorio. Nel caso che ora andremo ad analizzare la Corte ha fatto un ulteriore passo avanti, dimostrando una maggiore apertura, in particolare verso il diritto internazionale.

Il caso Hamdan è apparso alla corte suprema nel 2006 dopo che l'8 novembre 2004 era stata decisa, da parte della corte federale, proposta da un detenuto di Guantánamo (Salim Ahmed Hamdan, catturato in Afghanistan, sul finire del 2001). Hamdan venne catturato dalle Forze dell'Alleanza del Nord alla fine del novembre 2001 e subito consegnato alla autorità militari statunitensi, che lo internarono. In seguito, solamente il 3 luglio 2003 il Presidente Bush firmava un ordine con cui dichiarava che vi

fossero ragioni per ritenere Hamdan, membro di Al Qaeda o comunque coinvolto in atti di terrorismo contro gli Stati Uniti. Come tale, il sospetto ricadeva nell'ambito di applicazione delle misure contenute nella sentenza decisa.

Si può dire, quindi, che era stata riconosciuta l'illegittimità della detenzione del ricorrente nella speciale sezione riservata agli indagati prossimi al giudizio delle commissioni militari, decidendo che lo stesso non poteva essere giudicato da una commissione militare fino a che un giudice terzo ne avesse stabilito secondo e ai sensi della III Convenzione di Ginevra del 1949. In tal modo la Corte distrettuale riconosceva che la citata Convenzione, da un lato garantiva diritti individuali il cui esercizio poteva essere oggetto del giudizio di corti federali, dall'altro andava a prevalere sull'ordine presidenziale che attribuiva lo status del prigioniero in qualità di combattente illegittimo. Infine, la sentenza stabilì che, anche nell'ipotesi in cui al ricorrente venisse negato, dall'apposito tribunale (militare), lo status di prigioniero di guerra, questi non poteva comunque essere processato da una commissione militare fino a quando le regole che ne informano la cognizione non venissero modificate.

Il 16 novembre 2004 il Governo americano presentò appello avverso la decisione del giudice di primo grado. Al termine del giudizio d'appello promosso dal Governo americano contro Hamdan, il 15 luglio 2005 la Corte d'appello di circuito riformò nel merito il giudizio di primo grado della Corte distrettuale, concludendo: che: 1. la commissione militare incaricata di giudicare l'imputato. È stata autorizzata dal Congresso. La Corte d'appello, esaminando due precedenti della Corte Suprema (del 1946) afferma che il fatto che non sia stato dichiarato formalmente lo stato di guerra o che le operazioni militari in Afghanistan fossero condotte contro un soggetto non statale, non rileva ai fini dell'applicabilità della legge marziale. La base giuridica è ovviamente che il Congresso in risposta agli eventi dell'11 settembre 2001, laddove si autorizza il Presidente "ad utilizzare tutta la forza necessaria ed appropriata contro quelle nazioni, organizzazioni o persone che egli ritenga abbiano pianificato, autorizzato, commesso o favorito" gli attacchi contro il Paese; 2. le Convenzioni di

Ginevra del 1949 non conferiscono ai singoli diritti individuali tutelabili davanti alle corti federali. La Corte d'appello si rifà al caso E (in cui la Corte Suprema aveva affermato che, sebbene la citata Convenzione prevedesse diritti individuali, gli stessi non potessero essere fatti valere innanzi le corti federali poiché "la responsabilità per l'osservanza e la tutela di tali diritti è posta in capo alle autorità politiche e militari"). Il precedente della Corte Suprema nel caso che non impedisce di affermare la non-azionabilità diretta delle previsioni contenute nella Convenzione innanzi le Corti federali, poiché in tale giudizio si è solamente accertata la giurisdizione delle Corti distrettuali sulle istanze avanzate da stranieri detenuti in custodia militare, e una cosa è accertare la giurisdizione un'altra è pronunciarsi circa il merito delle questioni. In merito alla tutela offerta dalla III Convenzione di Ginevra all'imputato, la Corte afferma che, se anche le corti federali potessero garantire la tutela dei diritti individuali previsti in questa, l'imputato non potrebbe comunque beneficiarne, in quanto non rientrerebbe nella definizione di prigioniero di guerra di cui all'art. 4 della Convenzione per la mancanza di segni distintivi al momento della cattura e per la violazione delle leggi e costumi di guerra; 3. le citate convenzioni non si applicano all'organizzazione terroristica di al Qaeda e ai suoi membri perché né questa rappresenta un'entità statale, né si ha notizia che abbia mai accettato di sottoporsi volontariamente alla Convenzione; 4. il carattere di conflitto armato internazionale impedirebbe l'applicazione dell'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, che, se applicato, come sostiene Hamdan, escluderebbe la giurisdizione delle corti. L'ordine del Presidente degli Stati Uniti di non considerare applicabili al prigioniero le previsioni di cui all'articolo 3 comune prevale sull'eventuale applicabilità dell'articolo stesso nei confronti degli individui catturati nell'ambito delle operazioni militari; 5. la compatibilità delle regole di procedura delle commissioni militari con il diritto interno statunitense. La Corte rileva come l'art. 36 dell'esecutivo (titolo 10, sez. 836, dello U.S.Code) affermi che le commissioni e i tribunali militari debbano funzionare mediante regole procedurali che rispettino i principi di diritto e le regole

di formazione della prova generalmente riconosciuti nelle corti distrettuali “ma che non possono essere contrarie o incompatibili” con le disposizioni “di questo capitolo”. Tale ultimo inciso si riferirebbe, secondo la Corte, ai soli procedimenti innanzi i tribunali militari ordinari e non riguarderebbe le commissioni militari, che dovrebbero, nelle parole della Corte, conformarsi alle sole regole di procedura proprie delle sole commissioni militari. Successivamente, il 7 novembre 2005 venne proposto uno a favore del detenuto. La Corte Suprema, nella pronuncia del 29 giugno 2006, prende posizione sulla questione di legittimità delle commissioni militari nominate, dichiarandosi competente a decidere il caso affermando l’interesse, sia per il ricorrente, sia per l’Esecutivo a conoscere in anticipo se Hamdan possa essere processato da un tribunale, la cui procedura non riconosce all’accusato molte delle regole procedurali stabilite per i procedimenti dinanzi alla corte marziale.

Secondo la Corte Suprema, contrariamente a quanto stabilito nei gradi precedenti del giudizio, la commissione militare, creata su nomina dell’Esecutivo per processare Hamdan, non è costituita e non opera nel rispetto delle norme fondamentali del diritto internazionale umanitario, codificate nel trattato di Ginevra (in particolare, l’articolo 3 comune) e nel rispetto dell’Esecutivo.

L’opinione di maggioranza (e solo su questa ci soffermeremo) è quella espressa dal giudice Stevens e inizia con la questione della giurisdizione, negando la possibilità di rigettare la questione sulla base della legge n. 1005 del 2005 che conferiva alla corte d’appello del distretto della Columbia la giurisdizione esclusiva per sindacare la validità di tutte le decisioni circa lo status di combattente nemico degli stranieri.

L’interpretazione che era stata data dall’Esecutivo era che questa disposizione non si applicasse ai reclami già pendenti alla data di entrata della decisione. A questo proposito, la Corte ricorda che il Congresso, nell’emanare non ha compiuto alcun riferimento temporale, per cui si ritiene che l’opinione dell’Esecutivo non sia persuasiva. L’esclusività della giurisdizione andrebbe inoltre interpretata, secondo il Governo in modo da escludere la stessa giurisdizione della Corte Suprema (in caso

contrario vi sarebbe una doppia giurisdizione) ma il fatto è che, risponde Stevens, Hamdan non sta affatto questionando sul suo status, ma ribadiamo, sulla competenza a giudicarlo, e sulla legittimità del suo procedimento.

Altra eccezione posta dall'Esecutivo, che porterebbe, e con il quale si conclude che le corti federali si dovrebbero astenere dal giudicare fino a quando non vi sia una decisione finale attraverso un giudizio militare e di conseguenza astenersi dall'“attaccarne” i procedimenti. Con questo precedente viene stabilito, in primo luogo, che la disciplina militare e, di conseguenza, l'efficienza nelle operazioni delle forze armate vengono meglio garantite da un sistema di giustizia che non subisce interferenze da parte delle corti federali, e, in secondo luogo, che le corti federali dovrebbero rispettare il bilanciamento dei poteri in particolare nei confronti del Congresso che ha istituito questo sistema integrato di corti militari e procedure di revisione. Secondo la Corte però questo precedente non è applicabile al caso in questione, prima di tutto, perché Hamdan non è un membro delle forze armate nazionali e poi perché non fanno parte del sistema integrato di corti militari disegnato dal legislativo, e non forniscono lo stesso rispetto dei diritti federali, sanciti dalla Costituzione.

Piuttosto, come sostiene anche la corte d'appello, si ritiene applicabile il precedente (che stabilì il potere delle corti civili di intraprendere giudizi, che pure mettano alla prova o tentino di interrompere i processi dinanzi alle commissioni militari. Non vi sarebbe, inoltre, alcun rilevante interesse tale da impedire la pronuncia delle corti federali, anzi è interesse di tutte le parti in conflitto giudiziale sapere se Hamdan possa essere processato da una commissione militare, che non ha alcuna base legislativa ed è libera da molte regole procedurali prescritte dal Congresso per le corti marziali, regole intese a salvaguardare l'accusato e ad assicurare l'affidabilità delle condanne emesse.

Lasciate da parte le questioni procedurali il giudice Stevens entra nel merito del caso. Esplicitamente non tocca la questione sul potere costituzionale del Presidente di

nominare commissioni militari come quella creata per giudicare Hamdan ma si sofferma ad analizzare soprattutto le questioni legate all'applicazione e al rispetto del diritto internazionale, nella legislazione di guerra in quel momento in vigore e, di conseguenza, si giudica la legittimità delle procedure delle commissioni militari. Si arriva a dire che il potere del presidente di utilizzare commissioni militari, solo se giustificate da esigenze di guerra, ma queste dovranno operare nel rispetto della Costituzione e delle relativi leggi. Tra queste ultime la Corte non include solamente le leggi interne all'ordinamento statunitense, tra cui si sottolinea in particolare l'importanza dello status, ma anche le Convenzioni di Ginevra.

Un altro punto rilevante toccato dalla sentenza è certamente l'applicabilità della III Convenzione di Ginevra, o perlomeno di alcune norme in essa contenute, alla situazione dei detenuti di Guantánamo. Come abbiamo visto la corte d'appello non aveva riconosciuto applicabile il diritto internazionale per i prigionieri di guerra e la Corte Suprema, pur riconoscendo che la lotta contro Al Qaeda è cosa diversa dalla guerra contro il governo dei Talebani, e che questa organizzazione terroristica non è parte delle Convenzioni di Ginevra, ha interpretato il diritto umanitario nel senso che almeno la norma contenuta nell'articolo 3 comune e le garanzie fondamentali, recepite nell'articolo 75 del primo Protocollo addizionale, devono essere rispettate anche in altri simili processi. Insomma la Corte non si spinge a sostenere che i membri di Al Qaeda e gli altri sospetti terroristi rientrino nella categoria di combattenti legittimi ma vuole garantire loro uno status minimo di garanzie sostanziali e procedurali conformi al diritto umanitario.

La conclusione della maggioranza della Corte è dunque quella per cui, siccome la commissione militare non rispetta i requisiti previsti dalle leggi e dalla Convenzione di Ginevra, questo viola il diritto bellico e, quindi, non può essere utilizzato per giudicare Hamdan. La Corte ribadisce che la garanzia della sentenza non può essere esclusa per i combattenti nemici e individua nel diritto internazionale parametri garantistici imprescindibili. Il tentativo è quello di circoscrivere la portata derogatoria

delle disposizioni di “lotta al terrorismo” dell’Esecutivo e di riconfermare i principi democratici, di controllo tra poteri e di garanzie sostanziali e processuali, inderogabili anche nei confronti dei combattenti nemici.