



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## **LOTTA AL TERRORISMO E TUTELA DEI DIRITTI NELL'ORDINAMENTO DEGLI STATI UNITI D'AMERICA: UN GIOCO DI PESI E CONTRAPPESI**

---

*Se non può negarsi il ruolo delle corti statunitensi nel tutelare le libertà essenziali dal rischio di una torsione autoritaria, non è mancata giurisprudenza che ha avallato pratiche contestate come la detenzione a tempo indefinito degli enemy aliens o deportazioni e restrizioni di movimento su base etnica.*

---

**di Lorenzo Mariani**

IUS/17 - DIRITTO PENALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

**Raffaele Giaquinto**

Publicato, Lunedì 12 Agosto 2019

**Abstract:** The purpose of the following paper is to analyse how the constitutional system of the United States of America reacts to the threat of emergency situations, especially with regard to terrorism. The article will briefly expose the doctrines and the legal instruments deployed by both the Congress and the President himself to face serious emergencies, outlining the historical evolution of the extraordinary powers mainly exerted by the Executive, the extent to which these powers infer on fundamental rights, and the limits to their utilisation set out by the jurisprudence of the Supreme Court during the years. The paper will investigate the impact of emergency powers and legislations on specific constitutionally granted human rights such as habeas corpus, freedom from torture, and the right to a fair trial. In order to do so, both landmark cases - such as the Korematsu affaire - and recent ones like the legitimacy of enemy combatants' detention at Guantanamo bay or the practice of targeted killings, will be considered. Lastly, the paper will make a brief reference to the juridical issues regarding current US President Donald Trump's Travel Ban on immigrants and foreign visitors.

**Sommario:** 1. Introduzione – 2. I poteri del Presidente e del Congresso in caso di guerra e non solo: la limitazione dello habeas corpus tra storia, dottrina politica e giurisprudenza della Corte Suprema – 3. L'impatto dell'11 settembre sull'ordinamento americano e sulla tutela dei diritti fondamentali: il PATRIOT Act e il Military Order del 2001 – 4. Lotta al terrorismo e zone d'ombra giuridiche: il caso degli enemy aliens e di Guantanamo - 5. I "metodi avanzati di interrogatorio" e lo spettro della tortura nella lotta statunitense al terrorismo – 6. Esecuzione sommaria o legittima prevenzione di attacchi terroristici? La questione etica e giuridica dei targeted killings - 7. Le national security letters e il loro impatto sulla privacy e sulla libertà d'espressione – 8. National Security Entry/Exit Registration System e Travel Ban: la limitazione alla libertà di movimento come risposta alla minaccia terrorista – 9. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Nei precedenti articoli di questo ciclo sulla tutela dei diritti fondamentali nella lotta al terrorismo, abbiamo appurato che il fenomeno terroristico è pressoché universalmente considerato da dottrina, legislatori e politica come un esempio di emergenza<sup>[1]</sup>. L'emergenza, si è visto, viene affrontata dagli ordinamenti nazionali attraverso una legislazione ad hoc<sup>[2]</sup> oppure attraverso la proclamazione di uno stato d'emergenza costituzionalmente previsto<sup>[3]</sup>. Come si è visto<sup>[4]</sup>, il nostro Paese manca di una disposizione costituzionale in tal senso, essendo la proclamazione dello stato di guerra ex art. 78 Cost. prevista solo in caso di conflitto armato. Pertanto, i fenomeni emergenziali come il terrorismo vengono affrontati attraverso la decretazione d'urgenza.

Al contrario, la Costituzione francese vanta due strumenti specifici: i poteri straordinari

del Presidente della Repubblica e lo stato d'assedio, oltre alla figura dello stato d'urgenza prevista dalla legge ordinaria. L'impiego di poteri o legislazioni emergenziali è tipicamente caratterizzato da una restrizione dei diritti costituzionalmente previsti, nonché da uno spostamento del baricentro di potere decisionale dal ramo legislativo a quello esecutivo. I complessi equilibri istituzionali che vengono interessati dall'innesco di procedure di emergenza trovano un esempio molto interessante nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America.

## **2. I poteri del Presidente e del Congresso in caso di guerra e non solo: la limitazione dello habeas corpus tra storia, dottrina politica e giurisprudenza della Corte Suprema**

Il sistema di gestione dell'emergenza presente nella Costituzione degli Stati Uniti d'America<sup>[5]</sup> conferisce al Congresso il potere di dichiarare la guerra e di provvedere alla convocazione della milizia per dare esecuzione a leggi federali, per reprimere le insurrezioni e per respingere le invasioni. Il Congresso stesso può decidere, attraverso la potestà legislativa di bilancio, di stabilire regole per le forze armate<sup>[6]</sup>.

Inoltre, può essere sospeso l'habeas corpus quando lo esige la sicurezza pubblica in caso di rivolta o di invasione<sup>[7]</sup>; ugualmente, possono venire disposte deroghe al diritto di difesa e la privazione di alcune garanzie processuali per i reati compiuti da membri delle forze armate o dalla milizia durante il servizio prestato in tempo di guerra o di pericolo pubblico<sup>[8]</sup>.

Da parte sua, il Presidente dispone del comando supremo delle forze armate e della milizia quando siano chiamati al servizio attivo.<sup>[9]</sup> Deve, inoltre, assicurare la piena osservanza delle leggi federali, ma può raccomandare al Congresso quei provvedimenti che ritiene necessari e opportuni e in caso di contingenze straordinarie può anche convocare entrambe le Camere o una di esse<sup>[10]</sup>

L'ambiguità di questo assetto costituzionale è stata evidenziata dalla dottrina<sup>[11]</sup>, la quale ha affermato che pur essendo consentita una deroga ben delimitata a talune norme costituzionali, è comunque assente una disciplina chiara delle situazioni di emergenza, o meglio, sembrerebbe che anche in tali circostanze si debba applicare il dualismo paritario tra Presidente e Congresso. La dottrina, la giurisprudenza e la prassi costituzionali sono però sempre state incerte e divise circa la ripartizione dei compiti tra i due organi; così le esigenze di speditezza e tempestività hanno portato a far prevalere il Presidente sul Congresso.

Si è infatti notato<sup>[12]</sup> che le circostanze che possono compromettere la sicurezza di un Paese

sono così varie che non si sarebbero potuti imporre vincoli costituzionali sull'autorità a cui è affidata la tutela della sicurezza. Pertanto, l'emergenza imporrebbe al Presidente di non attendere l'approvazione da parte del Congresso di una legge di autorizzazione. Ne conseguirebbe la necessità di interpretare la Costituzione in modo flessibile, così da consentire al Presidente di agire mediante atti straordinari anche *contra constitutionem proprio* per la tutela della Nazione.

Questa “teoria del garante”, enunciata – come abbiamo visto – da Abramo Lincoln in occasione della guerra civile e impiegata in modo più o meno disinvolto dagli altri Presidenti, è stata in parte avallata dalla stessa Corte Suprema attraverso un'interpretazione elastica della disciplina costituzionale sui poteri del Presidente; nonché dal Congresso, il quale, pur essendo titolare del potere legislativo e del potere di dichiarare la guerra, di fronte a situazioni di emergenza non ha negato al Presidente gli strumenti necessari al suo contrasto, approvando ogni volta uno *statutory grant of powers*, con cui delegare all'Esecutivo poteri che sarebbero propri del Legislativo, senza alcun limite di tempo ovvero con una delega specifica che scada al compimento del mandato oppure ancora con una delega per la quale il Congresso determina la materia, ma non il termine d'inizio o fine della delega.<sup>[13]</sup>

Il tema della sospensione dell'**habeas corpus** in caso di invasione o ribellione è sempre stato piuttosto controverso. In primo luogo, si deve trattare di sospensione della disciplina prevista in via ordinaria dalla legge (statale o federale) a tutela della inviolabilità della libertà personale garantita dalla Costituzione, con particolare riguardo a quel nucleo essenziale e storico rappresentato dalla riserva di giurisdizione, ossia all'**obbligo dei carcerieri di tradurre davanti a un giudice chiunque sia detenuto affinché si esamini se il provvedimento restrittivo della libertà sia stato applicato secondo le regole del due process of law** e si imponga in caso negativo la immediata remissione in libertà.<sup>[14]</sup>

In secondo luogo, va osservato che a parte limitazioni del diritto di proprietà in tempo di guerra e dei diritti processuali per i militari, sono soltanto le garanzie dell'*habeas corpus* che possono essere sospese se lo richieda la sicurezza pubblica. Ciò potrebbe far pensare che in USA, ogni altro diritto diverso dalla libertà personale non sia sospendibile. Ma in realtà, va prima di tutto ricordato che questa facoltà di sospensione, incidendo sulla libertà personale, esercita il suo peso sulla libertà dagli arresti arbitrari, la quale rappresenta uno dei presupposti fondamentali per garantire sia la tutela minima da assicurare alle persone private di libertà personale (ad es. divieto di violenze, torture, trattamenti inumani e degradanti), sia l'esercizio di ogni altra libertà costituzionalmente che richiede che ogni persona abbia la disponibilità del proprio corpo e della propria mente.

Va inoltre notato che la vaghezza<sup>[15]</sup> delle nozioni di ribellione e invasione ha consentito

l'approvazione di una legge piuttosto lasca che ha portato alla produzione di un contenzioso giurisdizionale che ha consentito alla Corte Suprema di pronunciarsi in modo contrastante, tra decisioni più deferenti e altre più decise.

Un importante episodio storico di affrontamento dell'emergenza da parte dello stato è costituito dalle misure adottate da Abramo Lincoln all'inizio della guerra civile.<sup>[16]</sup> Appellandosi ai poteri che soltanto implicitamente la Costituzione gli attribuiva in quanto Presidente, considerò "ribellione" il tentativo di secessione degli Stati del Sud.<sup>[17]</sup> Così il 24 settembre 1862 sospese l'habeas corpus e procedette a far arrestare diecimila persone che furono sommariamente processate da commissioni militari.

Il 3 marzo 1863, il Congresso approvò una legge che confermava la sospensione dell'habeas corpus, ma non si pronunciava sull'azione unilaterale ed extra ordinem già compiuta dal Presidente. A riguardo, la Corte Suprema, senza curarsi dell'ordine giudiziario di provare la legittimità di tali sospensioni, dapprima riconobbe che il Presidente può reagire con atti tipici dello stato di guerra in caso di ribellione di un gruppo di Stati federali, senza attendere una pronuncia del Congresso<sup>[18]</sup>; poi però affermò che soltanto il Congresso è l'organo competente a sospendere l'habeas corpus<sup>[19]</sup>, sicché il Congresso si affrettò ad approvare una legge che autorizzava retroattivamente il Presidente a decidere l'eventuale sospensione.<sup>[20]</sup>

Ma sarà una sentenza del 1866<sup>[21]</sup> a compiere un importante passo in avanti nella definizione dei poteri emergenziali del Presidente, stabilendo che Lincoln aveva ecceduto nell'impiego della sua autorità costituzionale. Secondo la Costituzione, egli non avrebbe potuto sospendere l'habeas corpus, neppure in tempo di guerra, se i tribunali ordinari civili erano aperti. I giudici arrivano ad asserire che una dottrina che implichi la possibilità di sospendere ogni disposizione costituzionale nell'ambito di qualunque esigenza di rilievo per il Governo "[...] conduce direttamente all'anarchia o al dispotismo, e la teoria della necessità su cui si fonda è falsa: la Costituzione, infatti, conferisce al Governo tutti i poteri che gli occorrono per garantire la propria sopravvivenza."<sup>[22]</sup>

La Corte contribuì in tal modo a limitare l'uso della legge marziale secondo principi di proporzionalità e necessità, assai diffusi nelle giurisprudenze costituzionali e internazionali. Si precisò, quindi, che la legge marziale non può essere applicata ai cittadini negli Stati che hanno appoggiato l'autorità del Governo e in un periodo nel quale di fatto i tribunali funzionano e i processi si svolgono senza interruzioni. Inoltre, venne stabilito che l'applicazione della legge marziale non può avvenire in presenza di una mera minaccia di invasione: la necessità deve essere attuale e presente, l'invasione effettiva, i tribunali effettivamente chiusi e l'amministrazione civile deposta.<sup>[23]</sup>

Va però evidenziato che nel sistema costituzionale statunitense il Congresso possiede strumenti potenzialmente in grado di ridurre al minimo i controlli giurisdizionali della Corte Suprema, poiché essi sono sottoponibili a modifiche legislative che la svuoterebbero di efficacia proprio nelle circostanze emergenziali.<sup>[24]</sup>

Tuttora, infatti, l'art. 3 sez. 2 della Costituzione USA consente in qualsiasi momento al legislatore di prevedere eccezioni alla giurisdizione d'appello conferita alla Corte Suprema. È quanto accadde, appunto, tre anni dopo la sentenza del 1866 che dichiarava incostituzionale un giudizio di civili svolto da commissioni militari quando i giudici ordinari erano in grado di funzionare regolarmente. Nel 1869, il Congresso temendo che l'applicazione del principio giurisprudenziale sancito tre anni prima portasse la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale del Reconstruction Act del 1867 (il quale aveva prorogato oltre la fine della guerra civile i governi militari negli Stati del Sud), modificò il Judiciary Act del 1789 privando la Corte di ogni giurisdizione sull'appello contro i giudizi pronunciati dalle commissioni militari imposte in forza del Reconstruction Act.<sup>[25]</sup>

Si deve però ricordare che Lincoln aveva adottato delle norme eccezionali che erano poi state dichiarate incostituzionali, con una pronuncia la quale affermava che il Presidente fuori dallo stato di guerra ha comunque l'obbligo di tutelare la Costituzione sulla base del giuramento in qualità di presidente USA. Soltanto trent'anni dopo, la Corte Suprema (relativamente a un omicidio commesso da uno sceriffo federale per difendere un giudice della stessa Corte) dichiarò che l'obbligo costituzionale dell'amministrazione di far rispettare le leggi riguardava non solo gli atti normativi approvati dal Congresso e i trattati internazionali, ma anche i diritti, i doveri e gli obblighi derivanti dalla Costituzione, dalle relazioni internazionali e dalla tutela intrinseca della natura di un Governo sottoposto a Costituzione.<sup>[26]</sup>

Sulla base di questo principio, pochi anni dopo la Corte dichiarò legittimo l'ordine del Presidente Cleveland alle forze armate di far eseguire con la forza un ordine giudiziario di interruzione di uno sciopero che impediva il regolare funzionamento del servizio postale e il rispetto della clausola costituzionale del commercio interstatale.<sup>[27]</sup> Un'altra sentenza affermò la legittimità del Presidente di disporre requisizioni della proprietà privata per motivi di pubblica utilità senza il previo consenso del Congresso.<sup>[28]</sup>

La Corte, in seguito, diede interpretazioni restrittive anche dell'avvenuta proclamazione della legge marziale delle isole Hawaii per via della minaccia di invasione giapponese, affermando che la martial law comporta una azione più robusta di difesa dell'ordinario governo civile e non la sostituzione dei giudici ordinari con quelli militari.<sup>[29]</sup>

Invece, per emergenze che riguardino soltanto uno Stato, la decisione di ricorrere alla

legge marziale e di sospendere l'habeas corpus è di competenza di ogni Stato federato e la Corte esige che la proclamazione della legge marziale debba essere giustificata ragionevolmente in base a circostanze del caso concreto.<sup>[30]</sup> Inoltre, stabilisce che non viola la due process clause prevista dal XIV emendamento il governatore che in presenza di una sommossa decida di applicare la legge marziale, mantenendo così in stato d'arresto persone che egli in buona fede ritiene pericolose.<sup>[31]</sup> Ancora, durante la seconda guerra mondiale la Corte Suprema tutelò i diritti di fascisti americani in una serie di giudizi penali e procedimenti di privazione della cittadinanza, limitando gli intenti punitivi del Governo<sup>[32]</sup>

Così, commenta Bonetti<sup>[33]</sup>, La Corte Suprema tende a essere cauta non ostacolando una guerra in corso se non ce ne sia bisogno, ma sembra poi riuscire ad adempiere alla sua responsabilità costituzionale di proteggere le libertà individuali persino in tempi di guerra. Ciò sembra confermato anche dalla giurisprudenza in occasione della recente war on terror. In ogni caso, anche nell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti, a parte i poteri di guerra di cui dispone il Presidente anche in qualità di comandante delle forze armate (conferitigli dal Congresso per un tempo stabilito dall'organo stesso, ai sensi del War Power Act del 1973), nei casi di altre emergenze si applicano eventuali leggi abilitanti l'uso di strumenti derogatori delle leggi vigenti.<sup>[34]</sup>

Si tratta di autorizzazioni legislative specifiche approvate di volta in volta dal Congresso in forme e per motivi diversi. Va però sottolineato che nella prassi i Presidenti hanno fatto un minore uso degli speciali poteri presidenziali stabiliti dalle due leggi generali che agiscono in deroga alle altre leggi nel caso in cui sia necessario affrontare un'emergenza con il concorso del Congresso, il cui controllo appare piuttosto penetrante: non a caso, si tratta di leggi applicate in poco più di cinque occasioni, oltretutto senza che il Congresso ponesse mai fine all'emergenza dichiarata.<sup>[35]</sup>

Il National Emergencies Act del 1976 impone al Presidente di dichiarare formalmente l'esistenza di un'emergenza nazionale, specificando tanto quale sia il fatto straordinario (con origine fuori dagli USA e in grado di arrecare minaccia alla sicurezza nazionale, alla politica estera o all'economia americana), quanto quale autorità normativa, attivata dalla dichiarazione, intenderà farne uso. Inoltre, le Camere saranno obbligate a riunirsi entro sei mesi dalla dichiarazione del Presidente per valutare un rapporto del Governo ed eventualmente disporre la conclusione dell'emergenza tramite l'approvazione di una joint resolution.<sup>[36]</sup> L'International Emergency Powers Act (1977) conferisce al Presidente il potere di prendere delle misure eccezionali in una crisi internazionale, compreso il blocco dei fondi e dei beni di persone o gruppi. Il potere di dichiarare emergenza nazionale è, però, subordinato alla previa autorizzazione del Congresso e all'obbligo di presentare rapporto ad esso ogni sei mesi.<sup>[37]</sup>

Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte Suprema si ricava che l'emergenza non consentirebbe alterazioni dell'ordine delle competenze degli organi costituzionali, né la limitazione dei diritti costituzionalmente tutelati, salva la facoltà di disporre la limitazione dell'habeas corpus qualora sia necessario tutelare la sicurezza pubblica dinanzi a rivolta o invasione.<sup>[38]</sup> In ogni caso si sono ritenute applicabili misure sospensive dell'habeas corpus per "ribellione" anche in situazioni storiche ben diverse dalla secessione armata del XIX secolo: ad esempio anche nel caso della difesa della sicurezza nazionale disposta dal Governo federale di fronte ai tumulti popolari per l'abolizione delle misure di discriminazione razziale.

Si pensi all'intervento militare disposto dal Presidente Eisenhower in Arkansas per garantire l'applicazione della sentenza della Corte Suprema *Brown v. Board of Education* nel 1954, che dichiarava illegittima la segregazione razziale all'interno del sistema scolastico; oppure al caso delle proteste contro l'impegno militare nella guerra in Vietnam. Pure il concetto di "invasione" è stato applicato non solo allo stato di guerra ma anche agli attentati compiuti dopo il 2001 da parte di organizzazioni terroristiche internazionali. Per di più, è importante specificare che anche durante lo stato di guerra non sono stati solo incarcerati militari, ma sono state compiute vere e proprie deportazioni e segregazioni di cittadini aventi origini etniche nei Paesi nemici.

Un esempio lampante possono essere le 120.000 persone di origine giapponese obbligate, in seguito all'attacco a Pearl Harbor da parte del Giappone il 7 dicembre 1941, ad abbandonare i propri beni e segregate per lunghi periodi di tempo senza che fosse loro contestata una accusa formale.[39] Dopo l'attacco, il Comandante delle Forze armate John L. De Witt dichiarò pubblicamente che "to assume that the enemy has not planned fifth column activities for us in a wave of sabotage is simply to live in a fool's paradise"[40]. Il 19 febbraio 1942 il Presidente Franklin Delano Roosevelt emanò l'ordine esecutivo n. 9066 che autorizzò l'esercito a identificare zone militari in cui qualunque persona potesse essere esclusa. Nonostante la parola "giapponese" o "americano di origini giapponesi" non compaia mai nel provvedimento, era sottinteso che esso riguardasse solo tali soggetti. De Witt si schierò contro una distinzione tra cittadini e stranieri affermando che "the Japanese race is an enemy race" e che "racial affinities are not severed by migration. Even second – and third-generation Japanese Americans could not be trusted because the racial strains are undiluted".[41]

In ragione della situazione straordinaria dettata dal conflitto internazionale e dall'emergenza interna conseguente all'attacco del 1941, il Congresso dimostrò remissivo verso le decisioni del presidente, rinunciando a constatare l'evidente discriminazione in base alla quale viene negata tutela legale ad un gruppo etnico.[42] Persino la Corte Suprema mostrò il suo appoggio alla Ordinanza presidenziale, condannando il cittadino Fred Korematsu per aver opposto resistenza all'internamento. Gli stessi giudici, solo una settimana prima di decidere il caso **Korematsu** si erano pronunciati ribaltando la sentenza di una Corte statale che aveva disposto l'espulsione dei Testimoni di Geova dalle scuole pubbliche perché per motivi religiosi si rifiutavano di onorare la bandiera.[43]

L'approccio della Corte al caso Korematsu non fa altro che confermare la attenzione che essa riserva verso l'azione dell'Esecutivo, la quale (come abbiamo appena avuto modo di vedere) è una costante nella storia costituzionale statunitense.[44] L'ordine esecutivo nel caso Korematsu era basato su un allora recente statuto che rendeva una offence restare in qualsiasi zona militare designata da un ufficiale competente.[45]

Al contrario, nel caso **Endo**,[46] decise quello stesso giorno, la corte stabilì che la detenzione di quei cittadini era illegale, in quanto vi era stata autorizzazione congressuale soltanto per l'ordine di evacuazione, ma non per quello di detenzione. Nel caso Endo, in contrasto col caso Korematsu, non vi era alcuno statuto su cui l'Esecutivo potesse basare il suo ordine di esecuzione. A riguardo, **Sunstein**[47] ritiene che ciò dimostrasse come l'Esecutivo potesse sopravvivere ad "attacchi legali" soltanto se le sue azioni fossero state approvate dal Congresso. L'autore considera la decisione della Corte in Endo un esempio di minimalismo[48] poiché avrebbe evitato complesse questioni costituzionali attraverso un'analisi limitata all'ordinario esercizio della interpretazione statutaria[49].

A tale visione altra dottrina[50] contrappone che in realtà, l'opinione di maggioranza del Giudice Douglas non si trattava di un esercizio di interpretazione statutaria (in opposizione a quella costituzionale): egli avrebbe piuttosto usato argomenti costituzionali per stabilire la "struttura" della sua valutazione statutaria. Infatti: "in Justice Douglas's analysis, the Constitution prompted the construction of the order and the statute, and thus the conclusion that Endo's detention was illegal." E ancora: "Douglas juxtaposes constitutional provisions and draws conclusions from the aggregation."[5]

Inoltre, suggerisce che anche quando nel testo dell'opinione di maggioranza non sono rinvenibili segni espliciti che indichino che la Costituzione sia presa come struttura, l'uso di una dottrina di autorizzazione in questo tipo di contesto presuppone delle premesse costituzionali, che siano articolate o meno.[52]

Pertanto, **Korematsu** ed **Endo** sarebbero due poli opposti: il primo si piega ad una richiesta di necessità da parte del governo, l'altro riafferma dei valori costituzionali. In questo, le due pronunce costituirebbero "mutually repelling perspectives"[53]. **Dyzenhaus**[54] asserisce la decisione sul caso Korematsu, nella più rosea delle vedute, comporti che lo stato di emergenza sia un grey hole che necessiti di venir propriamente costituito dalla legislazione. Ne deriverebbe il messaggio che in tempi di emergenza i giudici debbano essere ciecatamente deferenti verso l'Esecutivo.

E tale deferenza significherebbe che i giudici stessi creino una situazione in cui vi sia solo la facciata di una judicial review dell'Esecutivo, dunque della rule of law stessa, così da garantire al Governo un black hole in cui possa operare libero dai vincoli della rule of law. Al contrario, nel caso Endo si affermerebbe che uno statuto che risponda a situazioni emergenziali debba essere letto attentamente al fine di verificare che sia compatibile coi valori della Costituzione, poiché i giudici dovrebbero partire dal presupposto che una situazione di emergenza è comunque governata da valori costituzionali.

Secondo l'autore, questo approccio "revisionista" al caso Korematsu sarebbe stato usato per preparare la strada alle posizioni tenute dalla amministrazione Bush nella sua lotta al terrorismo dopo l'undici settembre.[55] Va in effetti notato che nonostante una corte federale inferiore, dopo quarant'anni, si sia pronunciata sul caso annullando la condanna con la motivazione del fatto che gli agenti governativi fossero a conoscenza della insussistenza di un'esigenza militare che rendesse necessaria la segregazione e che gli agenti del Governo avevano deliberatamente ingannato la Corte Suprema sulla questione[56]; nonostante il fatto che nel 1988 il Congresso si sia scusato pubblicamente coi discendenti dei deportati, stabilendo un'indennità di riparazione per il torto subito, e che il 10 agosto 1988 Ronald Reagan abbia firmato il Civil Liberties Act, con il quale si stabiliva per ciascuno degli ottantamila e più reduci dei campi di internamento un risarcimento di 20.000 dollari,[57] nonostante tutto ciò, episodi di forte restrizione (se non di violazione) della libertà personale hanno continuato comunque a verificarsi,

divenendo spesso oggetto di giurisprudenza della Corte Suprema. A tal riguardo, è stato osservato dal Giudice William J. Brennan che “[a]fter each perceived security crisis ended, the United States has remorsefully realized that the abrogation of civil liberties was unnecessary. But it has proven unable to prevent itself from repeating the error when the next crisis came along.”[58]

Per riprendere la già esplorata categorizzazione proposta da Roberto Bartoli[59], l'inquadramento della lotta all'emergenza terroristica negli USA successivamente all'undici settembre sarebbe riconducibile[60] al modello “a due”, più precisamente di variante decisionista. Infatti, il fatto emergenziale è stato valorizzato soprattutto nella sua straordinarietà, intesa non tanto come possesso di caratteristiche per se in grado di minare lo Stato di diritto, quanto come fatto nuovo, del tutto imprevedibile e imprevisto e soprattutto non disciplinato, al punto da necessitare la “invenzione” di una nuova disciplina: l'uso della forza armata contro una organizzazione criminale.

Tanto la dichiarazione d'emergenza quanto il giudizio su di essa sono stati riposti nelle mani di una sola figura, cioè il Presidente. Inoltre, sarebbe chiara la decisione di derogare alla configurazione dell'assetto costituzionale stesso, essendo stati attribuiti al Presidente poteri propri del Parlamento attraverso quella che si configurerebbe come una “delega in bianco”, visto che egli si arrogò il diritto di istituire commissioni militari. Possiamo in generale notare una certa tendenza del presidenzialismo statunitense ad allontanarsi in modo crescente dalle esigenze teoriche poste dai checks and balances a vantaggio, appunto, di un rafforzamento dei poteri presidenziali oltre e perfino contro il disegno costituzionale.[61]

Questa tesi, secondo la Corte suprema, appare motivata dall'esigenza di conformarsi a logiche considerate necessarie per combattere il terrorismo stragista del fondamentalismo islamico, seguendo quel percorso (già menzionato) di guerra infinita e preventiva al terrore, tanto sul piano nazionale quanto su quello internazionale, coinvolgendo nel secondo caso anche altri Paesi.

### 3. L'impatto dell'11 settembre sull'ordinamento americano e sulla tutela dei diritti fondamentali: il PATRIOT Act e il Military Order del 2001

Com'è facile immaginare, l'attentato alle Torri Gemelle e al Pentagono l'11/09/2001 ha dato seguito a una importante produzione legislativa e giurisprudenziale, relativa tanto al rapporto tra poteri degli organi statali ed emergenza quanto all'entità della compressione che le misure emergenziali possano esercitare sulle libertà costituzionalmente garantite.

Il 14 settembre del 2001, infatti, il Congresso con una joint resolution autorizzò il Presidente Bush a usare tutte le misure necessarie ed appropriate contro i responsabili degli attentati. La risoluzione non è una formale dichiarazione di guerra come fu quella approvata nel 1941 dopo l'aggressione giapponese[62], ma con essa il Congresso autorizza il Presidente a prendere qualsiasi misura necessaria ed appropriata contro Stati, persone od organizzazioni che supportino o aiutino i responsabili degli attentati dell'11 settembre, al fine di evitare nuovi attacchi contro la nazione.

Il Presidente Bush chiese al Congresso di approvare la risoluzione sia come dimostrazione di coesione politica che come conferma del fatto che gli eventi di tre giorni prima costituissero una eccezionale minaccia alla sicurezza del Paese, tale da rendere necessario l'esercizio del diritto di difesa dei propri cittadini sia in patria che all'estero. Inoltre, la risoluzione consentiva al Presidente di esercitare discrezionalmente i poteri di guerra, nell'ottica di un conflitto che si sarebbe protratto nel tempo. Questa risoluzione inoltre si atteggiò a sostanziale dichiarazione ufficiale dell'esistenza di una “invasione”, dinanzi alla quale la Costituzione consente al Congresso di adottare misure legislative di sospensione dell'habeas corpus. [63]

Infatti, pochi giorni dopo il Congresso approvò il noto Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act, meglio conosciuto con l'acronimo **PATRIOT Act**, il quale contiene misure di ampliamento dei poteri investigativi nonché forti limitazioni a molti diritti e libertà fondamentali di persone (cittadini o stranieri) sospettate di appartenere a organizzazioni terroristiche.

Si tratta, in realtà, di un insieme eterogeneo di norme raggruppate in dieci sezioni[64]. Le prime due forniscono maggiori capacità di decisione agli organi inquirenti nel recupero delle prove di reato nell'ambito della comunicazione via etere e via cavo; la terza emenda le leggi sul riciclaggio monetario; la quarta modifica la legislazione relativa all'immigrazione al fine di prevenire che i terroristi stranieri possano entrare negli USA; la quinta e la settima provvedono a facilitare la lotta al terrorismo; la sesta riguarda le vittime del terrorismo, le loro famiglie e i loro soccorritori; l'ottava crea nuove fattispecie di reato e incrementa le pene esistenti per gli atti di terrorismo; la nona riguarda il rafforzamento delle azioni di intelligence della CIA e la decima a interventi vari.

Per quanto riguarda l'habeas corpus, si consente alle forze di polizia di tenere in stato di fermo i cittadini stranieri per un periodo massimo di sette giorni senza la

necessaria formulazione di un capo d'accusa o senza che il fermo sia convalidato dalla autorità giudiziaria se vi sono ragionevoli motivi per presumere legami della persona fermata col terrorismo.[65] Va inoltre ricordato che il 13 novembre 2001 il Presidente firmò un Military Order che disciplina la detenzione, il trattamento e il giudizio di presunti terroristi.[66]

La sua disciplina si applica a tutti gli individui che non siano cittadini americani e siano sospettati di essere membri dell'organizzazione al-Qaida, di esserlo stati in passato ovvero di essere comunque coinvolti in atti di terrorismo internazionale contro gli Stati Uniti, i loro cittadini, la sicurezza nazionale, la politica estera o l'economia, anche tramite la messa a disposizione di aiuti e ospitalità ai terroristi[67]. Si prevede inoltre la detenzione in un luogo scelto dal segretario della Difesa dentro o fuori il territorio statunitense (come appunto la famigerata base di Guantánamo), con garanzia di trattamento umanitario, con esclusione di ogni discriminazione basata su razza, colore, religione, sesso, status o altri simili criteri e con il riconoscimento della libertà di culto, in conformità con le restrizioni legate alla detenzione.[68]

È inoltre costituito il giudizio dinanzi a tribunali militari per i crimini commessi e l'eventuale comminazione delle pene previste dalla legge applicabile, compresi carcere e pena di morte. Le pene possono essere irrogate se si raggiunge un terzo della commissione aggiudicatrice. È inoltre esclusa la possibilità di ricorrere a qualunque altro tribunale degli Stati Uniti o di un altro Stato o internazionale: solo al Presidente e al segretario della Difesa è consentito revocare la sentenza.

Al segretario è inoltre attribuito il potere di nominare una o più commissioni militari e di stabilire regole di procedura relative ai giudizi che esse saranno chiamate a prendere, comprese quelle sulle prove esperibili in processo. Inoltre, è data sempre al segretario la possibilità di emanare orders e regulations per attuare le previsioni del Military Order di cui sopra.[69]

Come vedremo, già dal 2004 la Corte Suprema è intervenuta in più pronunce al fine di imporre al Presidente e al Governo di rispettare alcune importanti garanzie costituzionali anche in situazioni emergenziali. Soffermandoci ora sulla questione delle military commissions, possiamo notare che in America il loro impiego come strumento per affrontare offese penali in tempo di guerra risale al XVIII secolo[70]. I tribunali militari venivano usati dagli Stati Uniti sia come meccanismi ad hoc - e talvolta segreti - per giudicare i detenuti difficilmente inquadrabili nel sistema di corti civili, sia come parte di un temporaneo regime di occupazione in tempo di guerra o in contesti post-bellici[71]

Con l'entrata in vigore dello Uniform Code of Military Justice nel 1950, al Presidente venne attribuita una generale autorità di stabilire delle commissioni militari, le quali avrebbero dovuto seguire le regole di procedura applicate nelle corti distrettuali e marziali statunitensi. Con l'avvento del già citato Military Order del 2001, il Presidente George W. Bush Jr. ordinò la istituzione di commissioni militari volte a combinare due scelte indipendenti: portare i sospetti di terrorismo in tribunale e farlo al riparo dal sistema di corti federali civili.[72]

L'ordinanza presidenziale è stata duramente contestata da alcuna dottrina[73], che ha definito violazione del principio di separazione dei poteri il fatto che essa racchiuderebbe disposizioni relative al potere legislativo (in quanto vengono istituiti organi giudiziari, introdotte fattispecie penali e modificate norme processuali), al potere esecutivo (relativamente alla disciplina e nomina dei nuovi organi giudiziari) nonché al potere giudiziario (visto che viene a essere riservata la funzione di organo di ultima istanza nel procedimento giudiziario a carico dei prigionieri). Comunque, rinforzata da alcuni provvedimenti del Dipartimento della Difesa, essa dispone che le commissioni siano composte da tre fino a sette ufficiali nominati da una speciale Appointing Authority del Dipartimento di Difesa[74].

Tale Authority ha il potere di revocare un componente della commissione per giusta causa e sceglie un Presiding Officer per ogni commissione, nonché il Chief Prosecutor e il Chief Defense Counsel tra i giudici appartenenti all'Avvocatura militare[75]. Questi sistemi giudiziari sono stati costituiti in modo tale da ridurre la trasparenza e la pubblicità dei loro procedimenti nonché la sicurezza di una piena accessibilità a prove rilevanti per la difesa. Come tali, costituiscono una seria compromissione della forma democratica e spesso costituzionale del processo in open court. L'inaccessibilità fisica e legale all'adjudication process è stata criticata come una violazione di diversi punti cardine della procedura penale, tra cui il diritto a essere processati in pubblica udienza: garanzia tanto contro eventuali abusi dei diritti dell'imputato quanto a favore dell'interesse pubblico nell'assicurare la responsabilità nell'uso della violenza; nonché possibilità di trasformare i processi in mezzi di "educazione" dell'opinione pubblica e partecipazione civica.[76]

Altri[77] hanno criticato il sistema di accettazione delle prove, per il quale è sufficiente che esse siano "convincenti per una persona ragionevole". Judith Resnik [78]ha contestato l'idea di relegare il giudizio penale a fori privati, amministrativi, internazionali ovvero militari, poiché tutti sarebbero caratterizzati da un certo distanziamento dal principio di accessibilità pubblica, così da allentare le garanzie di procedura penale e rispetto della dignità umana. Nell'affrontare questo modello di corte penale, soprannominato vanishing court da certa dottrina[79], l'autrice arriva a opinare che una corte segreta possa davvero considerarsi una corte, considerando un ossimoro l'idea di closed military court[80].

Alcuna dottrina si è spinta fino a chiedersi se un ordinamento giuridico che non contempli la garanzia delle open courts possa considerarsi affatto legale.[81] In ogni caso, va notato che affinché i giudizi di queste commissioni siano legali, la loro competenza dovrebbe limitarsi al giudizio sulla violazione delle norme del diritto di guerra, mentre l'ordinanza di Bush, nel definire l'ambito di azione delle commissions, dispone che siano competenti a giudicare anche altre leggi applicabili, senza fornire dettagli sulla natura di tali atti. Previsione, questa, che risulta priva di fondamento costituzionale e legale[82].

Il decennio successivo alla decisione di Bush ha visto dispiegarsi un procedimento di "ricalibrazione" degli aspetti procedurali, istituzionali e costituzionali del regime di corti militari, attraverso alcune modifiche alla legislazione stessa[83], sindacati di costituzionalità[84] e misure esecutive.[85] Ciononostante, alcuni elementi fondamentali del sistema di military commissions sono rimasti immutati. Ad esempio, le commissioni risiedono ancora sulla baia di Guantánamo, al di là dello sguardo dell'opinione pubblica.[86] È però necessario puntualizzare che le corti in questione non sono segrete in senso formale: difensori civili possono essere chiamati a rappresentare gli imputati e i media possono mostrare i procedimenti della corte, anche se limitati da regolamentazioni.

Ma i primi necessitano di autorizzazioni speciali per esercitare, e l'accesso ai loro clienti e alle informazioni che posseggono è comunque strettamente regolato; mentre ai secondi può essere negata copertura del procedimento se il giudice ritiene necessario chiudere la corte al pubblico, dunque anche ai mezzi di informazione, qualora ritenga che un processo a porte aperte possa danneggiare la sicurezza della nazione o degli individui.[87]

L'amministrazione Obama ha tentato di chiudere definitivamente la prigione di Guantánamo e impiegare il sistema di commissioni militari su suolo nazionale. Ma il Congresso impedì che il progetto si realizzasse, portando l'amministrazione ad abbandonarlo all'inizio del 2011. Allo stesso tempo, comunque, le corti federali distrettuali processano regolarmente coloro che non sono detenuti nella struttura cubana per accuse di terrorismo.[88]

#### 4. Lotta al terrorismo e zone d'ombra giuridiche: il caso degli enemy aliens e di Guantanamo

La vicenda dei prigionieri del carcere di Guantánamo è nota soprattutto per le critiche, provenienti da più parti, sulle loro condizioni di detenzione, considerate inaccettabili.[89] I primi a varcare le soglie della struttura sono stati i prigionieri catturati sul fronte di guerra afgano nel gennaio del 2002, e nel corso degli anni i detenuti della prigione cubana sono stati sottoposti a un regime di eccezione rispetto all'apparato delle garanzie fondamentali previste negli ordinamenti democratici. Ciò è stato possibile grazie alla scelta del governo statunitense di definire tali soggetti **enemy aliens**.

Si tratta di una "figura ibrida" e separata rispetto ai prigionieri di guerra cui fa riferimento la Convenzione di Ginevra la quale, di conseguenza, non trova applicazione a Guantánamo. La categoria degli enemy aliens è di creazione giurisprudenziale e fu coniata dalla Corte Suprema nel 1942, quando fu chiamata a valutare la legittimità di un processo speciale di fronte a commissioni militari a carico di otto sabotatori tedeschi. Essa dichiarò la propria incompetenza a giudicare prigionieri di guerra ma, affermando che gli imputati non potevano essere considerati propriamente tali, coniò l'apposita definizione di "combattenti nemici" e si pronunciò nel merito con una sentenza di condanna a morte.[90]

La stessa espressione verrà applicata durante la seconda guerra mondiale a quei cittadini americani di origine giapponese che, come abbiamo visto, subiranno una forte limitazione della loro libertà personale in seguito all'attacco a Pearl Harbor, a causa della loro supposta mancata fedeltà alla Costituzione americana dovuta semplicemente alla loro origine etnica, accusa oltretutto rivelatasi infondata.[91]

Alla luce del già menzionato Military Order del 2001, quindi, gli stranieri classificati come enemy aliens vengono esplicitamente individuati come destinatari di misure straordinarie e pertanto sottratti agli strumenti di tutela giurisdizionale garantiti ai cittadini statunitensi. La necessità del ricorso a questa categoria è evidente nel momento in cui si tiene conto di soggetti che, venendo inseriti in essa, sono sottratti all'applicazione della normativa internazionale relativa ai prigionieri di guerra, nello specifico la Convenzione di Ginevra.[92]

In sostanza gli enemy aliens costituiscono una classe particolare posta nel mezzo tra i prigionieri di guerra e i prigionieri comuni: le caratteristiche di questo tertium genus dipendono totalmente dalla volontà dell'ideatore. Tra gli elementi qualificatori di questa categoria rileva il fatto di non avere uniformi o segni di appartenenza a uno Stato belligerante al momento della cattura. Ai sensi della Convenzione di Ginevra l'abbigliamento civile esclude la caratterizzazione dei prigionieri di guerra.[93] Inoltre, in un memorandum[94] del 22 gennaio del 2002, redatto dal capo dell'ufficio legale del dipartimento di Giustizia Jay S. Bybee, si legge che il Presidente Bush non è vincolato dalle leggi internazionali nei confronti dell'Afghanistan perché esso è un **failed State**, non appartenente alla comunità degli ordinamenti soggetti alla legislazione internazionale.

Significativa è la scelta di concentrare a Guantánamo i sospetti catturati al fine di escluderli dalle garanzie giudiziarie costituzionalmente riconosciute a chi si trovi su suolo statunitense. Ciò può portarci a concludere che il governo degli Stati Uniti ha creato nella prigione cubana un buco nero legale<sup>[95]</sup> viste le già menzionate difficoltà che incontrano i detenuti nell'ottenere una difesa effettiva. Già a partire dal 2001 alcune azioni di habeas corpus vengono intraprese per conto di alcuni detenuti di Guantánamo. Nella maggior parte dei casi, le corti federali interpellate in prima istanza tendono a supportare le posizioni del governo, sostenendo che l'extraterritorialità della base di Guantánamo rende incompetenti per giurisdizione tutti i tribunali americani. Un esempio può essere la sentenza del caso Verdugo-Urguidez, in cui l'opinione di maggioranza sostenne che gli aliens non rientravano tra i soggetti (the people) tutelati dal IV Emendamento. Ma nella sua dissenting opinion il Giudice Kennedy affermò invece che "il Governo deve sempre agire alla luce di quanto prevede la Costituzione, a prescindere che le azioni in questione siano straniere o interne." <sup>[96]</sup>

Non diversamente, nel 2002 la Court of Appeals of Ninth Circuit dichiarò l'impossibilità a procedere per mancanza di legittimazione dei promotori della prima istanza: un gruppo di ecclesiastici, avvocati e professori che rivendicavano la prerogativa di rappresentare soggetti ai quali era negato accesso alle corti, alla luce di una disposizione dello statuto federale sull'habeas corpus che prevede che una petizione possa essere presentata on behalf of another<sup>[97]</sup>.

La mancanza di legittimazione derivava dal fatto che ad essi non è riconosciuta autorità di presentare petizioni per conto di individui che non avevano mai conosciuto.<sup>[98]</sup> Nel maggio del 2003 la Corte Suprema nega il certiorari.<sup>[99]</sup>

Una seconda istanza<sup>[100]</sup> viene allora predisposta da parenti stretti di alcuni detenuti, che la presentano alla Corte d'Appello per il Distretto di Columbia Circuit. Con una pronuncia del marzo 2003 la Corte rigetta le richieste, facendo riferimento al precedente di una decisione della Corte Suprema<sup>[101]</sup> del 1950. In essa era stato stabilito che le corti statunitensi non fossero competenti a esaminare le petizioni per habeas corpus presentate da alcuni agenti segreti tedeschi arrestati e processati dalle autorità statunitensi in Cina, per aver commesso crimini di spionaggio durante la seconda guerra mondiale. I soggetti in questione erano poi stati trasferiti nella prigione di Landsberg, in Germania, dove gli americani trattenevano i criminali di guerra.

Attenendosi alla linea di questa sentenza, la D. C. Circuit Court afferma che nessuna corte statunitense abbia l'autorità giurisdizionale sui casi dei detenuti di Guantánamo, perché la base navale non si trova su territorio statunitense<sup>[102]</sup>.

La corte evidenzia che tanto il caso **Al Odah v. United States** quanto in **Johnson v. Eisentranger** riguardano cittadini stranieri catturati all'estero durante operazioni militari i quali, pur essendo in detenzione delle forze armate americane, non hanno mai messo piede su suolo statunitense. La conclusione osserva che, nel caso Eisentranger, la concorrenza di questi fattori ha precluso ai detenuti la possibilità di intraprendere le vie di tutela dei propri diritti di fronte alle corti federali degli Stati Uniti<sup>[103]</sup> A parere della D.C. Court of Appeal, quindi, la base di Guantánamo non può essere considerata suolo americano.

Precedentemente in questo articolo si è fatto riferimento a tale luogo con l'appellativo di "prigione cubana", ma la questione della effettiva sovranità di Cuba o degli Stati Uniti sulla baia di Guantánamo è in effetti controversa. Il Lease Agreement tra Stati Uniti e Cuba entrato in vigore nel 1903 e incorporato nel 1934 in un trattato stipulato dalle due nazioni sembrerebbe implicare che tale territorio sia sotto il controllo esclusivo degli USA. La base dovrebbe perciò essere considerata come parte integrante del territorio statunitense<sup>[104]</sup>.

L'articolo 3 dell'Agreement, infatti, statuisce che "while on the one hand the United States recognizes the continuance of ultimate sovereignty of Republic of Cuba over the above described areas of land and water, on the other hand the Republic of Cuba consents that during the period of occupation by the United States of said areas under the terms of this agreement the United States shall exercise complete jurisdiction and control of said areas."<sup>[105]</sup> L'attribuzione della cosiddetta ultimate supremacy a Cuba non comporterebbe quindi la conservazione della sovranità sul territorio durante il periodo in cui la zona si trova soggetta al controllo degli americani.<sup>[106]</sup>

Secondo la dottrina qui presa a riferimento, il Trattato stabilisce soltanto che quando gli Stati Uniti lasceranno la base, la sovranità tornerà a Cuba. L'interpretazione autentica del Trattato da parte del governo statunitense chiarisce il significato del termine ultimate supremacy, osservando che "Cuban sovereignty is interrupted during the period of our occupancy, since we exercise complete jurisdiction and control, but in case occupation were terminated, the area would revert to the ultimate sovereignty of Cuba."<sup>[107]</sup>

L'elemento della extraterritorialità non convince però la Corte Suprema, che afferma l'incompatibilità dei procedimenti tenuti dai tribunali speciali militari istituiti dalla Presidenza Bush con il diritto interno statunitense e con le prescrizioni della Convenzione di Ginevra. Tale orientamento è espresso per la prima volta nel

2004 e ribadito nelle sentenze sui casi Hamdan vs. Rumsfeld e Boumediene v. Bush.[108] Queste pronunce contribuiranno a cambiare il sistema di commissioni militari post-11 settembre e faranno parte di una lotta della Corte Suprema contro il legal black hole sfruttato da questi tribunali.

Nel giugno del 2004, dunque, la Corte Suprema emette tre importanti decisioni, nelle quali sarebbe possibile trovare una chiave di lettura per valutare la legittimità della strategia antiterrorismo adottata dall'amministrazione Bush. Importante è il caso di Yaser Esam Hamdi. Residente in Arabia Saudita, Hamdi viene arrestato in Afghanistan e classificato enemy combatant. Passa quasi due anni di reclusione a Guantánamo prima di essere riconosciuto in possesso di cittadinanza statunitense, essendo nato nello stato della Louisiana[109].

Viene così trasferito nello Stato della Virginia. Contrariamente a quanto accaduto all'enemy combatant statunitense John Walker Lindh, Hamdi non viene processato da un Tribunale federale, ma viene trattato come qualunque nemico combattente. Nel suo caso otto giudici della Corte Suprema (tutti tranne Clarence Thomas) ritengono illegale ab principio la detenzione che è stata inflitta a Hamdi, perché tale pena sarebbe stata legittima solo se la condizione di enemy combatant fosse stata certificata da un tribunale ordinario.

Ne consegue che la negazione al sig. Hamdi della possibilità di difendersi di fronte a un giudice costituisce una illegittima violazione del principio costituzionale del due process of law.[110] La legge federale prevede che nessun cittadino possa essere recluso dagli Stati Uniti a meno che ciò non avvenga per via di un Atto del Congresso. L'Authorization for Use of Military Force Act, emesso dal Congresso all'indomani dell'11 settembre, conferisce al Presidente il potere di detenere prigionieri catturati in battaglia fino al termine delle operazioni militari, con lo scopo di impedire che i detenuti si ricongiungano al nemico per combattere ancora. [111]

Il Giudice relatore della decisione, Sandra Day O'Connor, sottolinea che la Corte non è tenuta a sindacare se, ai sensi dell'Authorization Act, il Presidente abbia o meno l'autorità di detenere nemici combattenti, ma è tenuta solo a giudicare se il potere di detenere individui senza un regolare processo violi o meno il V Emendamento, secondo cui "no person may be deprived of liberty without due process of law".

Dunque, si tratta di una questione di natura puramente costituzionale e può essere risolta solo tramite un bilanciamento tra la necessità di preservare la sicurezza nazionale e la necessità di evitare il danno a una persona ingiustamente imprigionata per un tempo indefinito. La Corte Suprema afferma altresì che la Virginia District Court, adita in primo grado, abbia garantito una protezione persino eccessiva alla persona a scapito della sicurezza nel concludere che Hamdi potesse essere detenuto solo nel caso in cui, in un processo penale ordinario, fossero state prodotte a suo carico prove che potessero dimostrare in maniera inequivocabile la sua natura di enemy alien.

D'altra parte, si accusa anche la Corte d'Appello del quarto circuito di aver ecceduto in senso inverso, affermando che il solo dato di cattura "in a theater of military action" giustifichi la qualifica di nemico combattente. Secondo O'Connor, perché si realizzi un corretto bilanciamento è necessario che un cittadino-detenuto (che non si riconoscono nella definizione di nemico combattente) sia messo al corrente degli elementi in base ai quali avviene la classificazione, con l'opportunità di controbattere alle accuse dello Stato americano di fronte a un "neutral decisionmaker".[112]

Tali "decisori neutrali" non devono necessariamente essere corti ordinarie, ma è sufficiente che siano "appropriately authorized and properly constituted military commissions". O'Connor suggerisce che venga invertito il criterio ordinario dell'onere della prova, in modo che non sia il governo a dover dimostrare che un detenuto è un enemy combatant, ma sia invece il prigioniero a dover provare la sua estraneità alla categoria. Questa scelta è data dal fatto che si ritiene ingiustamente gravoso chiedere ai militari di preparare per ogni soggetto imprigionato un dossier che descriva nel dettaglio le circostanze della cattura e ne elenchi le ragioni.[113]

Altro elemento importante della controlling opinion è l'idea che la detenzione infinita a scopi di interrogatorio non è autorizzata. Il riferimento è alle military commissions di cui si servono le Forze Armate per decidere se determinati soggetti siano considerabili prigionieri di guerra: tali tribunali devono scegliere se dichiarare un detenuto prigioniero di guerra ovvero **civilian internee**.

Quest'ultima figura consiste in un civile che deve essere trattenuto in detenzione per ragioni di sicurezza o per evitare ostacoli alle indagini, potendo essere processato e condannato da Corti marziali, con l'assistenza di avvocati di fiducia, per aver commesso atti ostili agli Stati Uniti, ma nei loro confronti non è permessa alcuna coercizione fisica o morale e qualsiasi limitazione al diritto di comunicare con l'esterno può essere solo temporanea[114].

Alla luce di ciò, si sostiene che il regime a cui Hamdi è sottoposto non rispetti gli standard minimi previsti nella sentenza a garanzia del due process of law.[115] La controlling opinion non accenna alle condizioni di detenzione, ma la necessità di un trattamento umano si evincerebbe[116]dall'analisi del meccanismo di bilanciamento degli interessi posto in essere. In base a tale meccanismo, il requisito del procedimento legale si prevede, da un lato, il fine di tutelare l'interesse dello Stato a garantire la sicurezza, e dall'altro quello di evitare il danno a chi subisce una detenzione ingiusta in virtù di uno status attribuitogli erroneamente. L'entità del danno sarà direttamente proporzionale alla durezza del trattamento che il recluso è costretto ad affrontare. Per questo i detenuti dovrebbero essere soggetti per lo meno alle stesse condizioni dei prigionieri di guerra[117].

Per quanto riguarda i casi **Rasul v. Bush e Al Odah v. United States**, la Corte Suprema dispone per i detenuti – tanto stranieri o statunitensi – il diritto di ricorrere presso una corte federale statunitense con un writ for habeas corpus. Viene così ribaltata la decisione della D.C. Court of Appeals e rifiutate le posizioni del governo, che si appellava al precedente di Johnson v. Eisentrager.[118]

Nella concurring opinion il Giudice Kennedy traccia una distinzione tra detenuti stranieri identificati da un tribunale come cittadini di uno Stato nemico (dunque soggetti a leggi di guerra) e prigionieri di Guantánamo tra i quali vi sarebbero “tanto amici quanto nemici” i quali di conseguenza non possono essere trattenuti indefinitamente senza essere processati.[119] Interessante è la dissenting opinion del Giudice Antonin Scalia, il quale preannuncia “disastrous consequences” come risultato della posizione assunta dalla maggioranza, sostenendo che “la Corte ha teso una trappola all'Esecutivo sottoponendo Guantanamo Bay alla competenza delle Corti federali, così facendo l'ha reso un luogo imprudente dove tenere i detenuti in tempo di guerra”.[120]

Secondo **Scalia**, dunque, questa decisione avrebbe consentito ai detenuti in tutto il mondo di citare il governo degli Stati Uniti di fronte a una corte federale, comportando un notevole aggravio burocratico per i tribunali, a inevitabile detrimento della loro efficienza. Infatti, nota il giudice, “since jurisdiction and control obtained through a lease is not different in effect from jurisdiction and control acquired by lawful force of arms, parts of Afghanistan and Iraq should logically be regarded as subject to our domestic laws.”[121]

In risposta la dottrina[122] ha fatto notare che per quanto Scalia sia corretto nell'affermare che è del tutto priva di fondamento l'osservazione secondo cui i detenuti della prigione cubana siano privi di alcuni diritti che invece spetterebbero ai prigionieri in Iraq, la sua argomentazione è comunque da rigettare poiché a prescindere dalla perdita di efficienza causata dall'aumento dei ricorsi per la tutela della libertà personale, la violazione di un diritto fondamentale della persona sarebbe in ogni caso inaccettabile. Ancora, si è commentato che indubbiamente le Forze dell'Ordine riuscirebbero a prevenire il crimine più efficacemente e vi sarebbe una maggiore sicurezza se si ignorasse il diritto a un giusto processo in patria, ma ciò avverrebbe al netto di un'opinione pubblica mondiale “scioccata” dalla disponibilità del popolo americano a rinunciare a quelli che dichiara essere i suoi valori fondamentali solo perché le vittime delle conseguenti violazioni sarebbero degli stranieri.[123] Per tanto, Come affermato da Hugo Black nella dissenting opinion al caso Eisentrager, **il diritto alla tutela dell'habeas corpus deve essere garantito a tutti, altrimenti lo Stato potrebbe eludere la sua responsabilità e i suoi obblighi di due process of law semplicemente scegliendo con attenzione il carcere dove recludere i prigionieri.**[124]

Nel caso **Rumsfeld v. Padilla**, invece, la Corte Suprema riscontra il difetto di competenza della Corte d'Appello che si era pronunciata sul caso. José Padilla è un cittadino americano che, dopo aver vissuto per quattro anni in Medio Oriente, nel 2002, torna negli Stati Uniti e viene arrestato all'aeroporto di Chicago, con l'accusa di essere coinvolto nell'organizzazione di attentati. Viene detenuto a New York e gli viene assegnato un avvocato d'ufficio che contesta le accuse di fronte al Tribunale distrettuale federale newyorkese. A questo punto il governo dichiara José Padilla enemy combatant e lo trasferisce in una base militare in South Carolina. Vi rimarrà per più di due anni, isolato dal mondo esterno e senza possibilità di comunicare con il suo legale il quale, però, in qualità di “amico stretto” presenta una petition for habeas corpus alla Corte Federale di New York, indicando come defendant il Segretario di Stato Donald Rumsfeld.

La Corte rigetta l'istanza in quanto il Presidente e i suoi più alti collaboratori non sono tenuti a giustificare in tribunale la loro qualificazione di un prigioniero come enemy combatant.[125]La Second Circuit Court of Appeals capovolge la sentenza affermando che il governo non ha diritto di trattenere Padilla senza presentare nei suoi confronti accuse formali. Il Governo si appella alla Corte Suprema che – cinque voti a quattro – annulla la decisione della Second Circuit Court.[126]Il Chief Justice Rehnquist nella controlling opinion sostiene che il legale di Padilla abbia sbagliato gli estremi del ricorso: in primis il Federal Habeas Corpus Statute prevede che i detenuti chiamino in giudizio il loro immediato custodian (e in questo caso il defendant del Governo avrebbe dovuto essere Melanine A. Marr, comandante della base navale in cui Padilla era detenuto) e non un qualsiasi alto ufficiale come il Segretario di Stato.

In particolare, il Giudice cita un precedente di oltre un secolo fa[127]secondo il quale “proper defendant in habeas corpus proceeding is the jailor or some person who has the immediate custody of the party detained.” Inoltre, la petizione deve essere presentata presso una Corte del Distretto Federale in cui la persona è detenuta (in questo caso, in South Carolina). Il Giudice Stevens, appoggiato da Souter, Ginsburg e Breyer, si domanda nella sua dissenting opinion se non vi sia pericolo che una delle parti possa scegliere di appellarsi a una giurisdizione ritenuta più favorevole.

Si sottolinea, infatti, che nel caso in esame il governo ha cominciato la procedura contro Padilla a New York, per poi trasferirlo in South Carolina solo dopo che una corte di New York aveva assunto la giurisdizione sulla sua istanza di essere messo in libertà[128]. Ritenere che la decisione della Corte su questo caso abbia solo un valore procedurale sarebbe quindi un errore perché essa presenta anche profili sostanziali: se l'Esecutivo – ipotizza la dottrina[129] - può effettivamente scegliere il forum giudicante semplicemente detenendo prigionieri in una determinata area, non è inverosimile che questi, se giudicati enemy combatants, vengano trasferiti in un circuito giurisdizionale tradizionalmente vicino alle posizioni governative. Ad esempio, viste le decisioni della Corte Suprema che sanciscono il diritto per i detenuti di Guantánamo di presentare petizioni habeas corpus presso un tribunale federale americano, il Governo potrebbe decidere di portare i prigionieri non più lì, ma in carceri militari situate in conservative districts, quali appunto quello del South Carolina.

Dopo il via libera della Corte Suprema, molte sono le petitions for habeas corpus che vengono presentate di fronte alle corti del Paese per chiedere la liberazione di persone detenute in virtù della normativa anti-terrorismo. Tra i casi più significativi possiamo citare quello del **Giudice Joyce Hince Green della U.S. District Court for the District of Columbia**: con una decisione del 31 gennaio 2005 afferma l'incostituzionalità dei tribunali militari costituiti per l'esame delle situazioni degli enemy aliens. Nella sua pronuncia, emessa su ricorso presentato da detenuti di Guantánamo, si legge che i tribunali militari non rispettano i diritti fondamentali dei prigionieri, dal momento che “le procedure messe in atto dal Governo per confermare che i querelanti sono combattenti nemici soggetti a una detenzione a tempo indeterminato violano i loro diritti. Alcuni detenuti possono anche essere colpevoli e rappresentare un pericolo per gli Stati Uniti, ma il Governo deve per prima cosa dichiarare le accuse contro di essi.”[130]

Nel 2006, a seguito di una “sollevazione” da parte dell'opinione pubblica globale, cui si aggiunse l'autorevole voce delle Nazioni Unite allora presiedute da Kofi Annan[131], contro le condizioni di detenzione nel carcere di Guantánamo (che da molti sono state paragonate alla tortura), alla luce anche di tre suicidi di detenuti per i quali si sospettava invece una morte dovuta a forme di interrogatorio particolarmente intense,[132] arriva l'ennesima pronuncia della Corte Suprema volta ad accertare l'illegittimità delle corti speciali americane, riaffermando ogni volta i contenuti delle tre sentenze “Guantánamo” del 2004.

Nella pronuncia sul caso **Hamdan v. Rumsfeld** (giugno 2006)[133] si rileva tra l'altro la testuale ripetizione dell'espressione di Sandra O'Connor da parte del giudice Bryer, il quale osserva che il Congresso non ha concesso all'Amministrazione un assegno in bianco, ma ha negato al Presidente l'autorità legislativa di creare commissioni militari del tipo esaminato in sentenza. Tuttavia, niente impedirebbe al presidente di tornare al Congresso per ottenere l'autorità che ritiene necessaria. Secondo il giudice John Paul Stevens, l'istituzione di un processo da parte di una commissione militare solleva dubbi del più alto livello sulla separazione dei poteri, mentre per il giudice Kennedy la concentrazione di potere nelle mani dell'Esecutivo espone la libertà personale al pericolo dell'azione arbitraria dei pubblici ufficiali: un'incursione che la divisione dei poteri è disegnata proprio per evitare. Non mancano le posizioni di dissenso da parte dei giudici di minoranza. Il loro contenuto ben rappresentato dalle parole del Giudice Thomas, che definisce la decisione di maggioranza “pericolosa” perché “danneggia gravemente la capacità del Presidente di affrontare e sconfiggere un nemico nuovo e mortale”[134]

Il forte messaggio inviato dalla Corte Suprema all'Esecutivo trova risposta da parte di quest'ultimo nell'impiego di una “strategia”, in accordo con il Congresso, volta a “raggirare” quanto imposto dall'organo Giudiziario. Così, il 17 ottobre 2006 il Presidente Bush promulga il **Military Commissions Act**, il quale impedisce ai detenuti sospettati di terrorismo il ricorso alle corti federali per contestare la reclusione.[135]

La suddetta legge determina di fatto la non applicazione di quanto disposto dalle sentenze che abbiamo ora visto, prevedendo piuttosto che le corti militari possano proseguire coi loro processi e che la CIA possa mantenere prigionieri segreti e utilizzare dure pratiche di interrogatorio. L'Act dispone, infatti, che i detenuti non possano essere sottoposti a trattamenti crudeli e inumani o abusi come violenze carnali o torture, ma al contempo nega loro il diritto all'assistenza legale ed estende in modo significativo le prove ritenute ammissibili. Ad esempio, possono essere prese in considerazione dal giudice anche le testimonianze rese non in aula qualora egli le ritenga attendibili e utili per il processo.

Al Presidente è attribuita la prerogativa di interpretare il significato e l'applicazione delle convenzioni internazionali, compresa quella di Ginevra, ed è fatta possibilità dell'uso di metodi di interrogatorio “più aggressivi” se ritenuto necessario per il buon esito delle indagini. I processi davanti alle corti militari devono essere “giusti, legali e necessari”, pur tuttavia essendo escluso il diritto di appellarsi alle norme dell'habeas corpus per contestare la propria detenzione come illegittima[136].

Il 12 giugno 2008, in merito a un certiorari della Corte d'appello distrettuale del Columbia Circuit, la Corte Suprema si pronuncia nuovamente a condanna dell'azione governativa nell'attuazione delle strategie antiterrorismo.[137] Ancora una volta viene sottolineata la posizione centrale che la libertà personale occupa nel sistema costituzionale americano, nonché il ruolo fondamentale che il writ of habeas corpus ricopre nel disegno dei Framers 1787 come strumento per la tutela della libertà individuale.

In questo contesto, rileva quella suspension clause che, come abbiamo già visto, consente di sospendere l'habeas corpus nei limitati casi di rebellion e invasion, al fine di garantire che il potere giudiziario (salvo nei casi di sospensione ufficiale) possa sempre intervenire a tutela di chi ritenga di essere stato vittima di lesioni alla sfera di libertà. Ciononostante, risulta complesso individuare una base certa per i giudizi sui casi legati alla guerra al terrorismo, specie per quanto riguarda i prigionieri di Guantánamo. Le peculiarità delle loro condizioni sono tante e tali da rendere impossibile una univoca riconduzione dalla fattispecie a un precedente giudiziario.

Nella pronuncia del giugno 2008 si legge che nessuno dei casi citati dalle parti chiarisce se un tribunale sia tenuto a pronunciarsi sui ricorsi presentati da enemy combatants o se, piuttosto, debba eccepire il difetto di giurisdizione. In particolare, i ricorrenti sostengono che il luogo in cui si trovano i detenuti deve considerarsi analogo ai territori d'oltremare britannici come l'India, in cui in epoca coloniale il writ of habeas corpus veniva applicato; mentre il Governo sostiene che la prigione di Guantánamo sia paragonabile a Scozia e Hanover, dove il writ non era applicabile.[138]

La Corte rigetta l'assunto del Governo statunitense secondo cui la clausola non avrebbe valore rispetto agli appellanti, poiché gli USA non eserciterebbero la sovranità sulla base cubana. In realtà, non si mette in dubbio la posizione governativa sul mantenimento della sovranità da parte di Cuba, ma viene rifiutato l'assunto che la titolarità de jure della sovranità sia considerata parametro per la garanzia dell'habeas corpus. In passato, infatti, la Corte aveva esteso la vigenza della Costituzione su territori delle Hawaii e di quelli ceduti dalla Spagna alla fine della guerra ispano-americana, in contrasto con la decisione del Congresso, che aveva interrotto la prassi di garantire diritti costituzionali anche sui nuovi territori.[139]

La Corte rigettò anche l'argomento degli avvocati governativi, secondo i quali l'applicazione dell'habeas corpus in casi di militari detenuti al di fuori del territorio statunitense comporterebbe un costo economico eccessivo. La Corte sancisce che non c'è alcuna prova del fatto che ammettere la competenza delle corti a giudicare la legittimità della reclusione degli enemy aliens comprometterebbe la missione antiterrorismo condotta dagli Stati Uniti.

La Corte giudica il caso **Eisentrager**, richiamato dai legali governativi, differente rispetto alla causa in giudizio, considerata la peculiarità del contesto storico e la natura della missione militare post bellica nella Germania reduce dalla seconda guerra mondiale.[140] Ribadendo quanto già affermato nella sentenza **Rasul** [141], si riconosce ai ricorrenti la titolarità del diritto di habeas corpus e si ricorda che il Congresso è tenuto ad agire di conseguenza, intervenendo in conformità a quanto stabilito dalla dottrina della suspension clause. Ugualmente, si ribadisce la incostituzionalità delle military courts, a cui il Governo ha fatto ricorso in alternativa ai circuiti di giustizia ordinaria per verificare la legittimità della detenzione degli enemy aliens.

In particolare, si sottolinea che il sistema di commissioni militari limita fortemente la possibilità di ricorrere al writ of habeas corpus, non potendo i detenuti ribattere alle asserzioni del Governo rispetto al conferimento dello stato di nemico combattente. Infatti, gli elementi che il Governo utilizza per elaborare e attribuire questa classificazione possono essere tenuti segreti; i detenuti hanno possibilità molto ridotte di reperire e presentare prove in confutazione degli elementi presentati dall'Esecutivo; inoltre le circostanze in cui si svolge il giudizio delle military courts possono portare queste a compiere errori tutt'altro che residuali nella valutazione e nel reperimento delle prove.[142] Il che non è certo privo di conseguenze rilevanti, tenuto conto del fatto che un errore in tale contesto comporta una detenzione ininterrotta dell'imputato almeno per tutta la durata delle ostilità. Qualsiasi organo che si trovi a dover giudicare la sussistenza di requisiti necessari per giustificare una limitazione della libertà personale deve disporre di strumenti per riparare nel modo più veloce possibile a un errore di valutazione, dato il rischio evidente per l'integrità della sfera personale.[143]

La Corte riconosce che, dinanzi alla minaccia del terrorismo internazionale, sia necessario riconoscere uno spazio di discrezionalità degli organi politici nell'ambito di una lotta preventiva; ma non consente che le decisioni della maggioranza politica prendano il sopravvento sui principi costituzionali, sui diritti fondamentali universalmente riconosciuti e sulla dottrina della separazione dei poteri. Per questo si pronuncia sull'illegittimità di un sistema che, a parere degli appellanti, non può ritenersi un adeguato sostituto del writ for habeas corpus perché non prevede la possibilità di contestare l'autorità presidenziale sulla detenzione indeterminata prevista dall'Authorization Act, né di confutare le prove addotte né di fornire prove a propria discolora né di richiedere il rilascio o la sospensione condizionale della detenzione.

In definitiva, la Suprema Corte dichiara la avvenuta violazione della suspension clause, in virtù della quale "il privilegio dell'habeas corpus non sarà sospeso se non quando, in caso di ribellione o d'invasione, lo esiga la sicurezza pubblica".[144] Ancora una volta la decisione è presa a maggioranza[145]. Oggetto del giudizio sono alcune disposizioni del Detainee Treatment Act del 2005[146] e del Military Commission Act del 2006[147], intervenute a modificare il testo precedente del DTA nella parte in cui prevedeva che nessuna corte o giudice avrebbe avuto giurisdizione per esaminare un ricorso di habeas corpus di uno straniero detenuto a Guantánamo e attribuiva alla Corte distrettuale del District of Columbia giurisdizione esclusiva per l'esame delle decisioni emesse dalle corti militari in merito allo status dei detenuti. Le norme impugnate stabiliscono la mancanza di giurisdizione sui writs of habeas corpus richiesti dai detenuti stranieri classificati come enemy combatants nonché su qualsiasi altra azione contro gli Stati Uniti in relazione a ogni aspetto della detenzione, del trasferimento, del

trattamento, del processo o del confino.[148]

Contrariamente a quanto stabilito dalla Corte Suprema nel caso **Hamdan**, l'applicazione di queste previsioni avviene anche nei casi pendenti. Da ultimo, con la sentenza **Boumediene**, i giudici supremi chiariscono che la configurazione normativa dell'habeas corpus non costituisce in nessun modo un ostacolo al fatto che gli appellanti possano invocare in giudizio il diritto alla libertà personale. Pertanto, il fatto che i ricorrenti siano considerati enemy combatants non impedisce l'attuazione della suspension clause, né può considerarsi ostacolo all'applicazione della clausola il fatto che tali detenuti si trovino su un territorio sul quale gli Stati Uniti non avrebbero sovranità formale ma eserciterebbero comunque complete jurisdiction and control. La Corte pertanto rigetta la posizione dell'Esecutivo, secondo il quale il dettato costituzionale non dovrebbe applicarsi agli stranieri detenuti a Guantánamo.[149]

Nella sentenza si afferma un principio che ci riconnette ad osservazioni già espresse[150], ossia che “i rami politici non hanno il potere di accendere e spegnere la Costituzione a proprio piacimento” poiché altrimenti si verificherebbe “una straordinaria anomalia nel sistema di Governo tripartito, che condurrebbe a un regime in cui sono il Congresso e il Presidente, e non questa Corte, a dire what the law is.”[151] Le decisioni della Corte Suprema avranno i loro importanti effetti[152]. Nel 2006 verrà emanato un Military Commissions Act che consentirà al sospetto di essere presente al processo, purché il suo comportamento non sia “disruptive and dangerous”.[153]

Una prima, significativa conseguenza della decisione sul caso Boumediene si avrà il 20 novembre 2008, allorché la Corte distrettuale di Washington D.C. ordinerà la liberazione di cinque dei sei ricorrenti, affermando che la pronuncia con cui si determinava la loro condizione di enemy combatant non risulta fondata su prove credibili e affidabili. In particolare, nel caso in esame si era ritenuto sufficiente ai fini di questa classificazione il trasferimento degli appellanti dalla Bosnia all'Afghanistan, anche senza elementi probatori a testimonianza del fatto che detto spostamento sia avvenuto con il fine di unirsi ai Talebani in lotta con le forze statunitensi[154]

Il Military Commissions Act del 2009 proibirà ai giudici di rilasciare informazioni classificate.[155]Ma anche garantirà all'accusato di avere accesso alle informazioni usate come prova nelle commissioni militari.[156]Altre previsioni, per lo più derivate dal Classified Information Proceedings Act, consentono l'uso di sostituti non classificati di informazioni classificate e prevedono il ritiro di determinati capi d'imputazione come rimedio per la mancata rivelazione di informazioni riservate.[157]

##### 5. I “metodi avanzati di interrogatorio” e lo spettro della tortura nella lotta statunitense al terrorismo

Il tema della privazione dell'habeas corpus, come è stato già accennato, è strettamente collegato a quello delle condizioni di detenzione a cui gli enemy aliens sono sottoposti e ai metodi di interrogatorio a cui lo Stato americano ricorre per combattere la minaccia del terrorismo.

Il 7 febbraio 2002, il Presidente Bush stilò un memo, che fece pervenire al vice presidente, ai Segretari della difesa e ai direttori di agenzie di intelligence, riguardo l'importanza di ottenere informazioni dai terroristi. Il giorno seguente, a una conferenza l'allora segretario della difesa Donald Rumsfeld dichiarò che l'insieme di fatti relativi oggi al terrorismo islamico non corrispondeva necessariamente agli stessi fatti esistenti ai tempi della realizzazione della convenzione di Ginevra, mezzo secolo prima.[158]

Il primo agosto del 2002 Jay S. Bybee, a capo del Justice Department's Office of Legal Counsel, firmò un memo in cui veniva data una definizione molto ristretta di tortura: gli interrogatori avrebbero potuto fare ai detenuti sottoposti a interrogatori tutto ciò che avessero ritenuto necessario e non avrebbero violato il federal torture statute[159] fintanto che l'intensità del dolore inflitto ai suspects fosse stata minore di “that which accompany serious physical injury such as death or organ failure”[160]oppure non avesse implicato una sofferenza psichica che comporti “significant psychological harm, of significant duration, e.g. lasting for months or even years”.[161]

John C. Yoo, considerato l'autore del documento, scrisse[162] che l'intento della ricerca effettuata dal Dipartimento di Giustizia era quello di garantire agli agenti impegnati nella lotta al terrorismo una “clear guidance” su cosa costituissero tortura, così che essi potessero sapere con precisione quali comportamenti poter mettere in atto e quali no. In pratica, il memo doveva garantire la possibilità di sottoporre l'interrogato quasi a ogni tipo di pressione fisica. Nella sua opera di interpretazione legale del concetto di tortura, Yoo addivenne alla conclusione che alcuni metodi, i quali poi sarebbero stati effettivamente usati in carceri come Guantanamo e Abu Ghraib in Iraq, non potevano rientrare in tale definizione. Infatti: “Would limiting a captured terrorist to six hours' sleep, isolating him, interrogating him for several hours, or requiring him to exercise constitute 'severe physical or mental pain and suffering'?”

Secondo l'autore del cosiddetto Torture Memo, la definizione di tortura non sarebbe così ampia come si pensa. Lo Stato non avrebbe quindi l'obbligo di trattare i sospetti di terrorismo catturati in guerra alla stregua dei sospetti trattenuti in una stazione di polizia. E pretendere che questi soggetti ricevano assistenza legale e un giusto processo, nonché costringere gli agenti a limitarsi a "richieste educate" durante gli interrogatori, minerebbe la capacità dell'intelligence e dell'esercito di "prevent future attacks".[163]

Il memo, infatti, indicava alcuni "metodi avanzati di interrogatorio", già in uso nei cosiddetti black sites in Iraq e altri luoghi, che gli agenti stanziati in basi dove fossero detenuti enemy combatant avrebbero potuto impiegare per ottenere da loro delle informazioni. Alcune delle enhanced interrogation techniques sono la già menzionata privazione del sonno, lo schiaffeggiamento, l'obbligo di assumere stress positions, l'obbligo di indossare un pannolone e conseguente divieto di servirsi di una latrina, nonché il famigerato waterboarding. Claire Finkelstein[164] ha commentato il memo sostenendo che in esso traspaia la convinzione di Yoo che in tempo di guerra il potere del commander in chief sia virtualmente illimitato. In effetti, il memo presenta dei poteri del Presidente in guerra così estesi che addirittura uno statuto federale che contravvenga le prerogative dell'Esecutivo in tale contesto sarebbe considerabile esso stesso come incostituzionale. Infatti: "Any effort to apply Section 2340A in a manner that interferes with the President's direction of such core war matters as the detention and interrogation of enemy combatants [...] would be unconstitutional."[165]

Va ricordato che gli USA hanno ratificato la Convenzione internazionale contro la tortura, con riserva di applicarla solo nella misura in cui essa sia coerente con l'VIII emendamento della Costituzione, il quale proibisce soltanto le punizioni crudeli e inusuali, ma non proibisce di per sé l'uso della forza fisica al di fuori e prima dell'esecuzione di una pena.[166] Il regime di detenzione dei sospetti terroristi trattenuti come enemy aliens a Guantánamo sembrerebbe improntato a pratiche vessatorie di tale ampiezza e premeditazione da portare a ritenere che gli Stati Uniti abbiano violato il divieto di trattamenti inumani e degradanti posto dall'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

In particolare, alcuna dottrina[167] sostiene che il trattamento umano e degradante si ravvisi nella non necessità delle condizioni in cui i detenuti stranieri sono stati trasportati nella base di Guantánamo e nelle modalità di detenzione del Campo X Ray all'interno della base americana: i detenuti sono stati internati in vere e proprie gabbie esposte al sole e alla luce continua, naturale o artificiale e obbligati a radersi il cranio e la barba (punizione grave per i detenuti musulmani). Nelle sue visite periodiche, la Croce Rossa non ha riscontrato violazioni degli standard umanitari fissati dalle Convenzioni di Ginevra sui prigionieri di guerra (e non secondo gli standard previsti dal Patto internazionale sui diritti civili e politici), mentre nessuna visita è prevista riguardo alle modalità di interrogatorio.

Per quanto riguarda gli abusi compiuti in Iraq da militari americani su prigionieri iracheni, spesso non puniti, ma addirittura pianificati da comandanti statunitensi, va notato come i giudizi di condanna da parte delle corti marziali abbiano spesso comportato pene piuttosto lievi.[168] A tal riguardo, John Yoo dichiarò che i tristemente noti abusi compiuti nel carcere iracheno di Abu Grahīb non avevano nulla a che fare con il contenuto del torture memo, nonostante[169] alcune delle tecniche usate sui sospetti iracheni fossero state approvate anche contro i presunti appartenenti ad Al-Qaida: esempi sono l'obbligo di fare esercizi fino allo sfinimento e la privazione del sonno. Questi fatti vennero immortalati in fotografie scattate nel carcere, tra le quali emergono anche prove di umiliazioni di natura sessuale e fisica. Nel 2004 queste immagini furono rilasciate al pubblico e il torture memo venne presentato come prova nell'ottobre dello stesso anno alla corte marziale di Ambuhl nell'ambito del processo sugli abusi nei confronti dei detenuti.

Inoltre, lo scatenarsi del terrorismo internazionale contro gli USA ha favorito il ripresentarsi di teorie possibiliste in materia di tortura, secondo le quali essa o comunque dei trattamenti inumani e degradanti potrebbero essere utilizzati per costringere una persona a rivelare informazioni che siano assolutamente indispensabili per salvare vite umane da morte certa, non siano diversamente ottenibili e la loro mancata acquisizione comporti con ragionevole certezza conseguenze letali per le persone sottoposte a pericolo.[170]

È la cosiddetta **ticking-bomb theory**: per quanto la tortura sia moralmente aberrante, potrebbe costituire un'ultima spiaggia in casi estremi come quelli appena teorizzati.[171] Una teoria di tal genere è stata articolata a livello giuridico da Alan Dershowitz[172], il quale propone di effettuare un bilanciamento su tre gruppi di valori: il primo è la sicurezza e l'incolumità dei cittadini, il secondo è il mantenimento delle libertà civili e dei diritti umani, il terzo è costituito dalla responsabilità pubblica e dalla trasparenza proprie della democrazia.

Il presupposto del suo ragionamento è che la vita sia un valore maggiore dell'incolumità fisica e che pertanto provocare sofferenze di breve durata a un terrorista sia un male accettabile rispetto alla salvezza di migliaia di vite. Ma poiché – argomenta l'autore – tollerare un sistema nascosto di tortura potrebbe costituire un pericoloso precedente per una democrazia, sarebbe preferibile una previsione con legge di casi estremi in cui l'autorità giudiziaria possa emettere un mandato giudiziario di tortura dopo l'esperimento di una precisa procedura: nei soli casi in cui si ritenga che una persona nasconda illegalmente informazioni decisive per impedire un imminente atto di terrorismo che farebbe morire un alto numero di persone, si dovrebbe offrire all'imputato l'immunità (che garantirebbe il rispetto del divieto di autoincriminazione forzata ex V emendamento della Costituzione USA) e in cambio gli sarebbe comunicato di essere costretto a testimoniare con la

minaccia di essere incarcerato se rifiutasse di farlo, dandogli così l'opportunità di scegliere se fornire le informazioni richieste o no. Se si rifiutasse di nuovo, potrebbe essere sottoposto (sotto il controllo del giudice) a misure di pressione fisica volte a provocargli anche dolori lancinanti ma non in grado di causargli danni durevoli.

Questa elaborazione è stata contestata non solo dalla dottrina americana[173], che ha sottolineato come la pressione psicologica possa spingere i giudici a dare interpretazioni così ampie ai casi in cui la tortura sarebbe ammessa da rischiare di trasformare la sua pratica, ora legittimata, in uno strumento che i funzionari pubblici potrebbero usare per attentare alla democrazia; ma anche dalla dottrina del nostro Paese[174] sulla base di alcune osservazioni: non sarebbe mai possibile avere la ragionevole certezza che il soggetto da sottoporre a tortura disponga davvero di informazioni indispensabili; la tortura nulla potrebbe contro individui disposti ad attacchi suicidi; le dichiarazioni rese dal torturato potrebbero non essere attendibili; cedrebbero alla tortura solo le persone psicologicamente e fisicamente più deboli; non è sicuro che le autorità, una volta estorta l'informazione, riescano ad agire tempestivamente per evitare il comportamento degli atti terroristici; la legittimazione di un uso circoscritto della tortura non garantisce contro possibili abusi e degenerazioni; vi è il rischio che una persona venga ingiustamente coinvolta in una chiamata in correità da parte di qualcuno che sia stato torturato, col rischio (non minore di quello di subire un attentato terroristico) che anch'ella subisca tortura, sicché la legalizzazione di quest'ultima porterebbe il cittadino a essere sottoposto alla minaccia del terrorismo e a quella dello Stato, la cui funzione non sarebbe più di tutela dei diritti, in contraddizione col principio personalista di uno Stato di diritto.

È importante ricordare che gli episodi di tortura e trattamenti inumani praticati dagli Stati Uniti non si esauriscono con **Abu Ghraib e Guantánamo**: da quanto si evince dal rapporto del 22 marzo 2005 dell'Ombudsman parlamentare svedese, dall'ordinanza del g.i.p. presso il Tribunale di Milano del 22 giugno 2005 e dalle successive cronache politiche e giudiziarie emerge che gli USA hanno spesso inviato in Italia e in Svezia agenti di proprie agenzie di sicurezza per sottoporre a interrogatori vessatori e a trattamenti inumani e degradanti, nonché persino a sparizioni illegali, le persone da essi ritenute sospette di terrorismo. Esse sarebbero state trasferite segretamente o comunque illegalmente attraverso propri aerei verso altri Paesi (come l'Egitto) in cui sarebbero state interrogate con metodi vessatori.[175] Si tratta delle cosiddette extraordinary renditions.[176]

L'indulgenza delle corti americane sul fenomeno della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, secondo alcuna dottrina[177], rende essenziale controlli indipendenti per evitare il ripetersi di questi fenomeni, come prevede il Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti adottato dall'ONU alla fine del 2002, il quale istituisce un sistema di ispezioni regolari a livello universale nei luoghi di detenzione al fine di prevenire tortura o trattamenti inumani e degradanti. Esso si serve di due canali di controlli: 1) la creazione di un Sottocomitato di prevenzione facente capo al Comitato contro la Tortura, 2) l'introduzione di un meccanismo nazionale di prevenzione, a livello di ogni singolo stato firmatario della Convenzione del 1984, costituito da un organo indipendente di controllo dei luoghi in cui le persone sono private della libertà.

## 6. Esecuzione sommaria o legittima prevenzione di attacchi terroristici? La questione etica e giuridica dei targeted killings

Un altro diritto su cui la lotta al terrorismo compiuta dagli Stati Uniti incide evidentemente è quello alla vita. Noto è il fenomeno dei **targeted killings**, ossia delle uccisioni, su territorio straniero, di determinati soggetti sospettati di terrorismo (sulla base di prove e informazioni dell'intelligence, spesso tenute segrete dallo Stato) allo scopo di cancellare, limitare o quantomeno prevenire un attacco terroristico.[178] Relativamente all'assenza di un effettivo due process nell'esecuzione di un targeted killing, l'Attorney General Eric Holder ha sottolineato come le prove a supporto di tali decisioni siano "carefully reviewed within the government", al punto che il procedimento che porti all'uccisione mirata può considerarsi soddisfacente del due process perché "due process need not be judicial process".[179]

In un'ottica generale, alcuna dottrina[180] ha evidenziato come attorno alle uccisioni mirate e alla lotta stessa contro il terrorismo internazionale sia resistente una convinzione comune, basata sul principio di reciprocità, secondo cui il disprezzo per la vita e le regole elementari del vivere civile dimostrato dai terroristi giustificerebbe un comportamento uguale e contrario da parte di chi sia destinato a combatterli.

Pertanto ogni mezzo sarebbe consentito, anche qualora comporti la violazione di principi morali o vincoli legali tanto domestici quanto internazionali, essendo i terroristi stessi moralmente imputabili di ogni conseguenza delle loro azioni, compresi gli effetti delle misure prese per affrontarli[181]

Un esempio di targeted killing è l'uccisione di **Abu Musab al-Zarqawi**. [182] Costui era ritenuto ideatore di diversi atti di terrorismo avvenuti in Iraq e venne eliminato il 7 giugno 2006 durante un meeting in una casa isolata a circa otto chilometri a nord di Baqubah. Due jet dell'aviazione statunitense identificarono l'edificio e lo bombardarono.

Secondo alcuna dottrina[183], tre diversi approcci legali ed etici sono applicabili al concetto delle uccisioni mirate:

Considerarle moralmente e giuridicamente accettabili; Considerarle un atto che viola i diritti umani e che possa essere giustificato soltanto in base a criteri molto rigidi e in circostanze straordinarie; Considerarle come un atto immorale, al pari di ogni forma di violenza, che deve essere condannato anche nell'ambito di una guerra. Secondo il primo assunto, i terroristi, fintanto che siano direttamente coinvolti in operazioni militari, sono lawful combatants anche se non indossano uniformi né hanno insegne. In realtà, proprio per via della mancanza di queste caratteristiche – afferma la dottrina – la loro classificazione come tali risulta problematica. Il diritto internazionale prevede che debba esser loro garantita protezione qualora abbiano una persona in carica che sia responsabile per azioni dal loro compiute sotto il suo comando, quando però portino tutto il tempo dei distintivi che possano essere riconosciuti da lontano, portino delle armi e siano rispettosi, nelle loro operazioni, delle leggi e delle consuetudini di guerra.[184] In ogni caso, qualora dovessero provare degli attacchi pianificati e coordinati contro obiettivi politici, è legale trattarli come obiettivi militari.[185]

Da un punto di vista etico, può applicarsi la tradizione della just war, la quale ha forti connessioni con la legislazione internazionale, in particolare col diritto internazionale umanitario nell'ambito dello ius in bello. Secondo la tradizione della just war, due sono i principi di cui tener conto, quello di discriminazione e quello di proporzionalità.

Il primo definisce chi può essere ucciso. In quest'ottica, i non combattenti sono innocui e innocenti, pertanto i comandanti militari avrebbero l'obbligo di pianificare attentamente le azioni militari in modo da proteggere civili e proprietà nel modo più effettivo possibile. Nell'ambito della guerra al terrorismo, la distinzione tra combattenti e civili è sfumata a causa della presenza dei terroristi in aree urbane. Nel caso dei targeted killings compiuti in passato, gli obiettivi colpiti erano di certo ufficiali di alto rango di Al-Qaida: potremmo concluderne che nella loro uccisione sia stato rispettato il principio di discriminazione.[186]

Il principio di proporzionalità riguarda il modo in cui un attacco dovrebbe essere condotto e con quali strumenti, al fine di comportare il minor numero possibile di danni collaterali. Nel seguirlo, i comandanti avrebbero la possibilità di provocare vittime tra i non combattenti solo nel caso in cui l'atto in sé sia legittimo, lo sia anche l'obiettivo principale, non sia voluto alcun eventuale effetto negativo, e il risultato cercato sia proporzionale al danno previsto. Nel caso dell'uccisione di al-Zarqawi, non ci furono vittime per gli Americani. Inoltre il fatto che l'uccisione dei combatants abbia ricadute positive sulla popolazione di non combatants, rende il targeted killing moralmente corretto.[187]

Il secondo approccio alla questione porta a evidenziare che i targeted killings rappresentano violazioni dei diritti umani, visto che i sospetti vengono uccisi senza che la loro colpevolezza sia provata in tribunale. Inoltre, le Convenzioni di Ginevra, al comune articolo 3, stabilisce che le uccisioni effettuate senza un regolare processo sono illegali. Non sono mancati, inoltre, casi in cui le uccisioni mirate siano state condotte in modo da provocare vittime non riconosciute come terroristi e in cui false informazioni d'intelligence abbiano portato al bombardamento di abitazioni civili.[188]

Al di là di eventuali abusi, è stato indicato come il fatto di autorizzare una uccisione mirata, oltre al diritto a un giusto processo, violi quello alla vita. Ciò comporta che se fosse in seguito dimostrato che il sospetto ucciso non aveva legami col terrorismo, i responsabili della sua dipartita avrebbero delle pesanti responsabilità morali e legali.

La dottrina in esame premette[189] che chiunque può avere la sua posizione etica sulla necessità di giudicare il valore della vita di un colpevole e di un innocente, ma aggiunge che sarebbe comunque necessario garantire un livello minimo di diritti, altrimenti sarebbe necessario legittimare delle eccezioni, sia sul piano morale che su quello legale, sulla base del semplice grado di pericolosità del sospettato. Pertanto, nell'ottica di questo secondo modus, prima di procedere a un targeted killing, alcune possibili conseguenze dovrebbero esser tenute da conto: il fatto che chiunque, anche se sospettato di terrorismo, ha diritto a un giusto processo nonché a non essere privato arbitrariamente della vita, anche in situazioni di emergenza; il fatto che vi sia il rischio di creare un circolo vizioso di violenza e una catena di attacchi terroristici.[190]

Perciò sarebbe necessario[191] possedere informazioni di intelligence sicure e credibili e avere la certezza che il sospetto in questione stia per compiere un attentato terroristico contro dei civili, senza che vi sia alcuna possibilità di prevenirlo con altri mezzi.[192] L'ultimo dei tre assunti, com'è ovvio, comporta semplicemente che le uccisioni mirate non debbano essere condotte, senza alcuna eccezione di sorta.

La dottrina non ha mancato di far notare che uno degli aspetti più controversi della problematica etico-giuridica attorno ai targeted killings è la tendenza, che il governo statunitense sta mostrando, di condurli in futuro attraverso cooperazioni tra altri Stati, nella piena segretezza, con o senza il consenso dei Paesi le cui autorità sono coinvolte.[193] Questa concezione sarebbe molto pericolosa, perché abiliterebbe gli USA ad agire come "polizia internazionale", rispondendo a ogni

rischio per la sicurezza globale in modo preventivo e unilaterale.[194]

La stessa dottrina[195]arriva alla conclusione che la combinazione di teorie etiche e legislazione internazionale può garantire delle direttive valide su cui basare le operazioni, mentre la teoria dei giochi consentirebbe di usare i corretti strumenti per soppesare i costi e i benefici della guerra, valutando gli aspetti etici sull'uso della forza sul campo di battaglia o in contesti urbani, in cui la protezione dei civili è fondamentale.[196]

## 7. Le national security letters e il loro impatto sulla privacy e sulla libertà d'espressione

La lotta al terrorismo condotta dagli Stati Uniti conosce una inevitabile limitazione anche al diritto alla privacy. Infatti, il già menzionato Patriot Act del 2001 garantisce al governo federale un ampio potere di utilizzo delle national security letters (NSLs) come strumento di investigazione in fatti di terrorismo.[197]

Le NSLs possono quindi essere scritte da agenzie di intelligence senza che sia necessario dimostrare in una corte che il soggetto posto sotto investigazione sia effettivamente rimasto coinvolto in reati che ordinariamente giustificano l'impiego delle letters. Tra il 2003 e il 2006 circa 50.000 NSLs all'anno furono inviate a compagnie, scuole e biblioteche che fornissero accesso a Internet. A questo fenomeno, che vide spesso i destinatari obbedire senza proteste a quanto previsto dalle lettere, si affiancò un piccolo numero di ricorsi giudiziari da parte di chi non era intenzionato a rivelare dati informatici dei propri clienti. In uno di questi, approntato a una corte nel 2004, il giudice federale chiamato a decidere ebbe da dire che in quasi vent'anni nessuno sia era opposto alle NSLs per vie legali.[198]

Prima dell'undici settembre le NSLs non riguardavano direttamente i procedimenti penali, ma ottenevano informazioni spiando gli ufficiali di intelligence stranieri nel tentativo di identificare, prevenire o fermare attività terroristiche. Per tanto vi era un "muro legale" tra gli agenti di counterintelligence e gli investigatori, mentre leggi come la Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) del 1978 cercavano di mantenere separate le informazioni ottenute in questi due tipi di investigazione. Il FISA venne ideato in parte anche per ragioni di anti-terrorismo: il Congresso creò una corte segreta apposta con lo scopo di revisionare e approvare le richieste di intercettazioni nelle investigazioni delle intelligence.[199]

Attraverso diverse leggi, Il Congresso ha nel tempo attribuito alle agenzie esecutive il potere di ricorrere alle letters. Una di queste, l'Electronic Communication Privacy Act del 1986 consentì di usarle per accedere a dati di utenti di compagnie telefoniche e a dati di fatturazione. Tali leggi avevano bisogno di una certificazione da un ufficiale dell'FBI di alto rango secondo la quale vi erano "specific and articulable facts to believe" che l'obiettivo dell'investigazione di counterintelligence fosse un potere straniero o un suo agente.[200]

In seguito all'undici settembre, il governo federale progettò una nuova disciplina al fine di rompere quel "muro legale" tra intelligence e investigatori, in modo da consentire la prevenzione del terrorismo. Gli ufficiali federali, infatti, avevano lamentato il fatto che gli standard legali volti a limitare il potere dell'Esecutivo sulla raccolta di informazioni fossero fin troppo limitanti della lotta al terrorismo: le leggi sulle NSLs comportavano una eccessiva lentezza nei procedimenti, laddove il terrorismo ormai si avvaleva di tecnologie estremamente veloci come Internet e i cellulari.[201]

Tali considerazioni portarono il Congresso a prevedere una sezione 505 del Patriot Act,[202] la quale disciplina le national security letters. Esso consente al governo federale di ottenere informazioni dalle compagnie che forniscono servizi di Internet, comportando tre effetti principali: l'espansione della quantità di informazioni cercate, l'ampliamento dei tipi di informazioni desiderate nonché delle agenzie abilitate a chiedere informazioni. Questi effetti furono ottenuti anche modificando il Right to Financial Privacy Act, l'Electronic Communication Privacy Act e il Fair Credit Reporting Act, cioè abbassando gli standard legali in queste disposizioni e in altre che risultavano limitative della possibilità di ottenere informazioni.

Vennero così a crearsi diversi tipi di NSLs, le quali abilitavano il governo a domandare informazioni provate a istituzioni finanziarie, fornitori di servizi di telecomunicazione e uffici di credito al consumo. In contrasto con la vecchia disciplina, che imponeva una certificazione da ufficiali di alto rango dell'FBI sul fatto che il soggetto sottoposto a ricerca fosse una potenza straniera o un suo agente, la sezione 505 permette ad agenti speciali dell'FBI di certificare che le informazioni ricercate sono semplicemente rilevanti per una indagine d'intelligence straniera.

In aggiunta, il Fair Credit Reporting Act fu modificato in modo da consentire a qualsiasi agenzia governativa coinvolta in indagini sul terrorismo di obbligare un'agenzia di credito a fornire un rapporto sul credito di un cliente tramite una certificazione scritta di semplice necessità. Ancora, nel 2003 lo U.S. Attorney General stilò delle nuove linee guida al fine di facilitare l'uso delle letters, consentendo all'FBI di distribuirle in investigazioni preliminari sulla sicurezza nazionale, in opposizione al precedente standard che prevedeva solo full investigations; mentre nel 2004 fu novellato il Right to Financial Privacy Act, in modo da

permettere all'FBI di impiegare le NSLs a un più ampio raggio di istituzioni finanziarie, tra cui banche, compagnie assicurative, compagnie che forniscono carte di credito, agenzie di viaggio, venditori di veicoli (automobili, barche, aeroplani), agenzie immobiliari, il servizio postale degli Stati Uniti e perfino i casinò.[203]

Tutti i dati raccolti possono essere mantenuti senza alcun judicial oversight; a ciò si aggiunge l'obbligo di silenzio imposto a coloro che abbiano ricevuto le letters.

Le caratteristiche della nuova disciplina allarmarono quei cittadini con posizioni libertarie e diedero seguito, come già accennato, ai primi ricorsi giudiziari. [204] Per questo, di fronte alla minaccia continuativa del terrorismo successiva all'undici settembre, al fine di bilanciare la necessità di garantire un certo livello di segretezza con quella di rispondere alle richieste di sicurezza da parte della popolazione, tanto il Congresso quanto le corti federali si adoperarono, con nuove previsioni normative e precedenti vincolanti, per stabilire limiti ai poteri delle agenzie.

Infatti, nel 2005 e nel 2006 entrarono in vigore due leggi atte a stabilire un controllo giudiziale e politico sull'impiego delle NSLs: lo **USA Patriot Act Improvement and Reauthorization Act** e lo **USA Patriot Act Additional Reauthorizing Amendment Act of 2006 (Reauthorization statutes)**. Esse avevano lo scopo di correggere quei difetti della sezione 505 del PATRIOT Act che avevano portato due corti federali ad annullare parte della disciplina sulle NSLs successiva al 9/11.

Infatti, nel caso **Doe v. Ashcroft** del 2004 la Corte federale distrettuale di New York vanificò la sezione 505 e il suo emendamento alla sezione 2709 dell'Electronic Communication Privacy Act dopo che un provider di servizi Internet aveva ricevuto una NSL che gli imponeva di fornire informazioni su un suo cliente e di non rivelare a terzi il contenuto della richiesta. Il giudice decretò che le disposizioni della sezione 505 violavano il divieto di unreasonable searches del IV Emendamento della Costituzione, in quanto coercitive e prive di judicial oversight.

In aggiunta, la corte rinvenne anche la violazione del I Emendamento relativamente al divieto di censura. Poco dopo, nella sentenza **Doe II (Doe v. Gonzalez)** del 2005, relativa all'obbligo per un consorzio di biblioteche di rilasciare dati da alcuni registri, una corte federale distrettuale del Connecticut emanò un'ingiunzione volta a impedire all'FBI di imporre l'obbligo di silenzio, sempre sulla base del I Emendamento.[205] Mentre entrambi i casi Doe pendevano in appello, il Congresso fece passare due Reauthorization statutes, finalizzati a introdurre nuovi procedure e controlli sui poteri delle agenzie.

Ai destinatari delle NSLs venne data la possibilità di contestare in tribunale tanto la richiesta di informazioni quanto l'obbligo di silenzio. Inoltre venne garantito il diritto a consultare un legale, presumibilmente al fine di esercitare tali ricorsi giudiziari. Allo stesso tempo venne però attribuito al governo la possibilità di penalizzare tramite un contempt decree i destinatari che si fossero rifiutati di adempiere agli ordini nelle letters; per giunta l'obbligo di silenzio può ancora essere imposto, ma solo se un ufficiale di alto rango certifichi che la rivelazione a terzi di quanto ordinato possa minacciare la sicurezza fisica di individui o della nazione ovvero interferire con le relazioni diplomatiche o con investigazioni a carattere criminale, di controterrorismo o di counterintelligence.

In alcuni casi, l'obbligo di silenzio non può essere impedito da una corte, salvo che le agenzie non si dimostrino in malafede; se vengono rivelate informazioni, il destinatario ha comunque l'obbligo di indicare a chi sono state rivelate. Per quel che concerne il controllo politico sulle attività delle agenzie, queste ultime sono tenute a fare rapporto sull'uso delle NSLs alle più importanti commissioni congressionali, bancarie, giudiziarie e di intelligence. Inoltre, l'ispettore generale del Dipartimento di Giustizia ha il potere di condurre degli accertamenti periodici. In ultimo, le biblioteche non sono più soggette alle NSLs a meno che non forniscano servizi di comunicazione elettronica (ad es. email).[206]

Nel 2007 una nuova pronuncia (Doe v. Gonzalez II, a.k.a. Doe III), da parte dello stesso giudice federale distrettuale di New York che aveva invalidato la Sezione 505, stabilì che le disposizioni dei Reauthorization Acts erano comunque in violazione del Primo Emendamento e del principio di separazione dei poteri. Alle stesse conclusioni a cui era pervenuto in Doe I, stavolta aggiunse il fatto che il Congresso aveva garantito fin troppa discrezionalità agli agenti dell'FBI, i quali ne avevano approfittato per scegliere quale discorso potesse essere pronunciato e quindi ascoltato. Ciò comportava uno sbilanciamento di poteri in favore del Congresso e a svantaggio delle corti, le quali, nell'architettura costituzionale degli Stati Uniti, sono le uniche abilitate a pronunciarsi in giudizi di tipo costituzionale.[207]

Alle pronunce delle corti si uniscono i rapporti dell'ispettore generale del Dipartimento di Giustizia, i quali hanno dimostrato come il governo spesso applichi erroneamente la legge nel fare uso delle informazioni raccolte e conservate, di sovente a danno di cittadini americani.[208] Il report del 2007 ha riguardato le operazioni delle agenzie governative dal 2003 al 2005 e ha sottolineato che il 74% delle NSLs riguardavano operazioni di antiterrorismo e che si sono verificate molteplici violazioni da parte dell'FBI nell'uso delle NSLs. In particolare, avrebbe ottenuto informazioni e dati che non era legalmente autorizzata a ottenere: in oltre 700 casi avrebbe inviato "lettere esigenti" o accelerato richieste che avrebbero dovuto essere distribuite per ragioni di emergenza prima dell'uso di una letter, in violazione delle linee guida e della policy a riguardo; in aggiunta, la divisione antiterrorismo dell'FBI avrebbe approvato più di 300 NSLs senza un'adeguata

autorizzazione.[209] Similmente, nel rapporto del 2008, sono state riportate almeno 84 possibili violazioni. Un terzo rapporto, del 2010, ha evidenziato una situazione per nulla dissimile dalle prime due: l'FBI avrebbe anche ottenuto tabulati telefonici in maniera illecita e contraria alle sue linee guida, nonché mentito nel proprio rapporto alla FISA Court.[210]

Al fine di correggere queste falle, nel 2015 il Congresso ha emanato lo **USA FREEDOM ACT**[211], il quale impone di indirizzare le NSLs solo limitatamente a specifici tipi di informazioni[212] e consente alle agenzie di ricorrere all'obbligo di silenzio solo nel caso in cui il destinatario sia stato informato della sua possibilità di ricorso giudiziale e sia certificato che la rivelazione delle informazioni possa danneggiare la sicurezza nazionale o individuale ovvero interferire con investigazioni criminali, di antiterrorismo o di counterintelligence o con relazioni diplomatiche.[213] Il destinatario può inoltre condividere le informazioni con un avvocato o qualunque soggetto sia stato approvato dall'agenzia stessa.[214]

Per concludere, possiamo dire che - come è stato fatto notare[215]- anche qualora il sistema delle national security letters dovesse venir riformato in futuro, sembra poco probabile che esso venga completamente eliminato: l'FBI e altre agenzie ne fanno un ampio uso al fine di combattere il terrorismo in un contesto ormai dominato da Internet e dalle comunicazioni via satellite e senza cavo.

#### **8. National Security Entry/Exit Registration System e Travel Ban: la limitazione alla libertà di movimento come risposta alla minaccia terrorista**

Di non minore importanza è l'impatto che, negli Stati Uniti, ha avuto il fenomeno terroristico internazionale sulle regole che disciplinano l'immigrazione e la libertà di movimento.

Gli attentati dell'undici settembre 2001 hanno cambiato[216] la percezione dell'opinione pubblica statunitense sul tema della sicurezza dei confini e della politica sull'immigrazione, quest'ultima considerata dallo Stato come parte integrante della politica di sicurezza nazionale. Lo scopo di questa politica è bilanciare la necessità di sicurezza e di una società aperta che protegga anche interessi politici ed economici.

Un fondamentale elemento di questa politica è stato il **National Security Entry/Exit Registration System (NSEERS)** o "Special Registration": una grande novità nella gestione della sicurezza nazionale statunitense successiva al 9/11. Il 12 agosto 2002, l'Attorney General John Ashcroft rilasciò una notifica in cui richiedeva che venissero registrati alcuni nonimmigrant aliens maschi da diversi Paesi. Tale notifica li obbligò ad apparire di fronte all'Department of Homeland Security (DHS) per rispondere ad alcune domande. Mentre le componenti domestiche del NSEERS sono state smantellate nel 2003, il programma principale è stato sospeso definitivamente il 23 dicembre 2016.[217]

La Special Registration venne condotto dal DHS nell'ambito di un più ampio programma congressuale di entrata e uscita per tutti i visitatori degli Stati Uniti. Ciò comportava, tra le tante cose, la registrazione di alcuni non cittadini e immigrati che entravano o risiedevano nel Paese, così come previsto dal PATRIOT Act. [218] Quest'ultimo, in particolare, imponeva all'Immigration and Naturalization Service (INS) di rintracciare entro tre anni tutti i circa 35 milioni di visitatori stranieri.

Inoltre, la legge consente all'Attorney General di sottoporre qualunque numero di cittadini di qualsiasi Paese a forme speciali di registrazione qualora egli o ella determini che ciò sia nell'interesse della sicurezza nazionale. L'NSEERS trasse autorità legale dalla sezione 265 (b) dell'Immigration and Nationality Act e la sezione 263 (a) dell'Immigration and Nationality Act, 8 U.S.C. 1303 (a). Non si applicò ai cittadini statunitensi, ai naturalizzati, ai possessori di green card o determinati passaporti diplomatici, ai rifugiati o i richiedenti asilo. Coloro che erano entrati nel Paese senza documenti, paradossalmente, non furono interessati dal provvedimento. Da qui l'argomento che l'NSEERS non fosse uno strumento efficace per garantire la sicurezza nazionale.[219]

L'NSEERS era quindi costituito[220] da un obbligo di registrazione all'entrata e all'uscita dal Paese e uno per alcuni degli stranieri già su suolo statunitense. Tali controlli comportavano la presa delle impronte digitali e di prove fotografiche. Le impronte digitali di un piccolo numero di visitatori stranieri venivano poi comparate con un database di criminali noti e uno di terroristi noti. Inizialmente le nazioni di provenienza di coloro che sarebbe stato necessario registrare erano state stabilite sulla base di dati dell'intelligence riguardo alle attività delle organizzazioni terroristiche, ma in definitiva qualsiasi visitatore degli Stati Uniti sarebbe dovuto passare per il sistema di registrazione di entrata o uscita.

I Paesi designati, divisibili in più gruppi, comprendevano: Iran, Iraq, Libia, Sudan, Siria, nel primo gruppo; Algeria, Bahrain, Eritrea, Libano, Marocco, Corea del Nord, Oman, Qatar, Somalia, Tunisia, Emirati Arabi Uniti, Yemen nel secondo; Armenia, Arabia Saudita e Pakistan nel terzo; Bangladesh, Egitto, Indonesia,

Giordania e Kuwait nel quarto e ultimo gruppo, i cui cittadini vennero fatti registrare tra il 24 febbraio e il 28 marzo 2003.[221]

Per quanto riguarda l'obbligo di registrazione dei residenti, esso riguardò stranieri maschi al di sopra dei 16 anni che avessero nazionalità in uno dei 25 paesi designati e che fossero entrati negli USA prima del 20 settembre 2002 o vi si trovassero da più di 30 giorni. Al di là dei già menzionati rilievi fotografici e impronte digitali, i soggetti in questione erano tenuti a presentare documenti come un contratto di locazione, (talvolta) copie delle loro carte di credito, prove di avere un impiego o di essere iscritti in istituzioni scolastiche o accademiche. Venivano fatte, inoltre, domande sulle loro convinzioni politiche e religiose. Le impronte digitali venivano poi confrontate con un database di noti criminali e terroristi. Ai soggetti era data la possibilità di farsi assistere da un avvocato solo nella prima fase del procedimento, ma non in sedute ulteriori.

Inoltre, non tutti tra di loro erano al corrente del rischio di essere deportati qualora non avessero soddisfatto i requisiti previsti dal procedimento: ad esempio gli studenti che avessero avuto un numero di crediti insufficiente per dimostrare una iscrizione a tempo pieno nella loro istituzione accademica o scolastica, ovvero coloro che erano stati arrestati e rilasciati e ciononostante avevano comunque le loro impronte digitali già memorizzate nel database dei criminali noti. Questa forma di registrazione si accompagnava a complesse regole sulla necessità di ricomparire di fronte agli uffici dell'INS in determinati casi e con scadenze ben precise, con il rischio di essere considerati deportabili o essere sottoposti ad arresto in caso di inadempimento.[222]

La dottrina[223] ha dimostrato come l'NSEERS sia stato inefficace nella salvaguardia della sicurezza nazionale dal pericolo di terrorismo, in primis per via della poca preparazione da parte dell'INS (a cui il Dipartimento di Giustizia, che si era occupato delle fasi iniziali, aveva delegato il procedimento) nell'affrontare la gestione di una così complessa mole di dati e operazioni, alle quali oltretutto non seguì mai un quinto gruppo di chiamati.

Come si può notare, la quasi totalità dei Paesi indicati nei quattro gruppi (in sostanza tutti eccetto la Corea del Nord) sono a maggioranza musulmana, aspetto che ha portato a ipotizzare che il governo americano cercasse di stabilire una equivalenza tra musulmani e minaccia alla sicurezza del Paese e di trasformare la War on Terror in War on Islam.[224]

La stessa dottrina ha ricordato che, essendo la legge sull'immigrazione civil law piuttosto che criminal law, non si applicano molte delle garanzie che quest'ultima accorda a imputati o indagati per un crimine, come il diritto alla consulenza legale stabilito dal Sesto Emendamento, o alla non autoincriminazione forzata previsto dal Quinto, ovvero il diritto a non subire unreasonable searches ai sensi del Quarto Emendamento. Ciononostante, il mancato adempimento agli obblighi del NSEERS era considerato una criminal offence.[225]

Nell'ambito della limitazione del diritto di libero movimento (specialmente dall'estero verso il suolo americano) merita menzione la più recente disciplina introdotta dall'attuale presidente degli Stati Uniti Donald Trump il 27 gennaio 2017 con un ordine esecutivo intitolato Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States, con il quale è stata introdotta una serie di misure piuttosto controverse, tra cui spiccano: divieto di ingresso per 90 giorni dei cittadini di sette Stati (Iran, Iraq, Libia, Somalia, Sudan, Siria e Yemen), con possibili eccezioni da parte del Secretary of State e del Secretary of Homeland Security, ma solo caso per caso e coerentemente con la sicurezza nazionale; la sospensione per 120 giorni del U.S. Refugee Admission Program per i rifugiati di qualunque provenienza (con la possibilità – anche in questo caso - di eccezioni, con priorità ai rifugiati appartenenti a minoranze religiose); il divieto a tempo indeterminato di ammissione di rifugiati siriani.[226]

Questo executive order, ribattezzato dalla stampa “**Travel Ban**” o “**Muslim Ban**”, ha suscitato forti critiche e proteste di piazza, nonché un ampio contenzioso giudiziario, sia da parte di individui direttamente colpiti, sia da alcuni Stati[227]. Particolarmente importante è stata la decisione della District Court of Seattle[228] di sospendere l'order su tutto il territorio nazionale in via cautelare. Il Presidente ha immediatamente impugnato la decisione e il 9 febbraio la Court of Appeals for the Ninth Circuit[229] ha rigettato il ricorso presentato da Trump, sostenendo che la pretesa, avanzata dall'Esecutivo, di completa unreviewability dell'executive order fosse contraria alla “fundamental structure of our constitutional democracy”. Infatti:

“[A]lthough our jurisprudence has long counseled deference to the political branches on matters of immigration and national security, neither the Supreme Court nor our court has ever held that courts lack the authority to review executive action in those arenas for compliance with the Constitution. To the contrary, the Supreme Court has repeatedly and explicitly rejected the notion that the political branches have unreviewable authority over immigration or are not subject to the Constitution when policymaking in that context”.

E, in conclusione: “[T]he Government has pointed to no evidence that any alien from any of the countries named in the Order has perpetrated a terrorist attack in the United States”. [230]

Il giorno successivo, la Court of Appeals for the Ninth Circuit ha ordinato alle parti di presentare entro il 16 febbraio 2017 ulteriori memorie circa l'opportunità di un riesame. Alla scadenza indicata, su richiesta dell'amministrazione Trump, la Court of Appeals for the Ninth Circuit ha sospeso[231] tale procedura per via dell'annuncio dell'imminente adozione di un nuovo executive order. Nel frattempo, il bando del 27 gennaio è rimasto sospeso.

Il Travel Ban, riproposto con alcune modifiche nel marzo del 2017, per poi essere sospeso da una decisione della District Court of Hawaii[232] e recentemente annunciato in una nuova versione dall'amministrazione Trump[233], aveva fin da subito suscitato dubbi di costituzionalità. Alcuni dottrina[234] aveva sottolineato che il presunto fine di favorire migranti cristiani su quelli musulmani o, comunque, di colpire esclusivamente questi ultimi violasse il precedente giudiziale per cui "the clearest command of the Establishment Clause is that one religious denomination cannot be officially preferred over another." [235]

Ancora, dovrebbe considerarsi falsa[236] l'affermazione che le misure adottate dalla nuova amministrazione sarebbero analoghe a quelle, appena viste, adottate da Bush nel 2002, in quanto nel caso della Special Registration non vi era prova che l'intento del Presidente fosse colpire i musulmani in quanto tali, mentre nel caso di Trump (sostiene la dottrina in esame) tale volontà emergerebbe anche da alcune sue dichiarazioni ufficiali rilasciate già in campagna elettorale.

Agire con l'intento di "colpire" una religione in quanto tale costituirebbe una violazione della Free Exercise Clause: se il governo adotta una misura che è apparentemente neutra, ma in realtà volta a focalizzarsi su una minoranza, essa sarà soggetta a un serrato scrutinio delle corti e probabilmente invalidata. La stessa dottrina ha risposto alle osservazioni dei professori di Legge Eric Posner ed Eugene Volokh secondo i quali l'idea di un potere plenario dell'Esecutivo, per quanto "stupid and offensive"[237] e "a bad idea"[238], non sarebbe incostituzionale. Ciò non corrisponderebbe al vero[239]: se in effetti la Corte Suprema nel XIX Secolo ricorre al principio del plenary power per giustificare l'esclusione di migranti cinesi (esempio spesso citato per giustificare simili esclusioni di stranieri sulla base della religione o delle affiliazioni politiche), è vero anche che essa ebbe a specificare, nella sentenza *Carlson v. Landon*, che tale plenary power è comunque soggetto al sindacato delle corti sotto la "paramount law of the Constitution".

Profili di incompatibilità del Travel Ban sono stati suggeriti anche a livello internazionale. Ad esempio, la Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, menzionando altri due decreti presidenziali in materia di immigrazione, adottati il 25 gennaio 2017, intitolati **Border Security and Immigration Enforcement Improvements e Enhancing Public Safety in the Interior of the United States**, affermò che tali disposizioni mettevano in serio pericolo i diritti fondamentali dei richiedenti asilo, tra cui il diritto di non discriminazione, quello ad un giusto processo, alla libertà personale, al ricevere asilo, nonché il principio di non-refoulement.[240]

Quest'ultimo, secondo la dottrina prevalente.[241] è ormai assunto a rango di diritto consuetudinario ed è previsto, in maniere implicita o esplicita, da diversi trattati ratificati dagli Stati Uniti, tra cui la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato. È vero che l'art. 33(2) di tale trattato prevede che tale obbligo "non può tuttavia essere fatto valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese".

Eccezione, questa, che deve essere interpretata restrittivamente[242], sicché i rifugiati possono essere espulsi "solo a seguito di decisione raggiunta in conformità a una corretta procedura giudiziaria che verifichi il caso individuale secondo il criterio generale di garanzia posto dall'art. 32.2 per quanto concerne l'espulsione". Il decreto Trump prevede invece una presunzione di pericolosità (non confutabile, ma solo discrezionalmente superabile dal Secretary of State e dal Secretary of Homeland Security) per tutti i cittadini in provenienza di determinati Paesi, con ciò violando al tempo stesso sia il principio di non discriminazione, sancito all'art. 3 della Convenzione di Ginevra, in base al quale "Gli Stati Contraenti applicano le disposizioni della presente Convenzione ai rifugiati senza discriminazioni quanto alla razza, alla religione o al paese d'origine", sia gli obblighi procedurali inerenti il principio di non refoulement.[243]

L'obbligo in parola, oltretutto, per come previsto esplicitamente o implicitamente nella Convenzione contro la tortura e nel Patto sui diritti civili e politici, è garantito in maniera assoluta, non ammettendo eccezioni di nessun tipo, neppure per esigenze di lotta al terrorismo.[244] Inoltre, Sia il Patto sui diritti civili e politici, sia la Convenzione contro ogni forma di discriminazione razziale, vietano leggi che abbiano effetti discriminatori e (secondo la dottrina e viste le dichiarazioni prima menzionate) nel caso del decreto Trump vi sarebbe rischio di discriminazioni sia per motivi di origine nazionale sia su base religiosa.[245]

## 9. Conclusioni

La storia dell'ordinamento costituzionale statunitense nelle situazioni di emergenza conosce da sempre una evidente tensione tra tendenze all'accentramento di potere in mano all'Esecutivo (se non proprio al Presidente) e tendenze alla conservazione degli equilibri istituzionali e alla salvaguardia dei diritti fondamentali

per mezzo di interventi del potere Giudiziario (specie della Corte Suprema) volti ad inquadrare e limitare l'esercizio dello "strapotere" governativo, contrastando veri e propri rischi di deriva autoritaria talvolta apparentemente caldeggiata da dottrine politiche e legali che vedono il Presidente come legittimato a trasformarsi in una figura pressoché plenipotenziaria di fronte a gravi situazioni di emergenza come una guerra intestina o – chiaramente – il terrorismo.

Se non può negarsi il ruolo delle corti nel tutelare le libertà essenziali dal rischio di una eccessiva compressione securitaria, non va dimenticato che dottrine e orientamenti giurisprudenziali, derivanti in alcuni casi proprio dalla Corte Suprema, hanno anche avallato pratiche contestate come la detenzione a tempo indeterminato nella base di Guantanamo, nonché categorie giuridiche problematiche come il concetto di enemy alien. È dunque irregolare e complesso il rapporto tra la lotta normativa all'emergenza e la sua concreta interpretazione e applicazione.

#### Note e riferimenti bibliografici

[1] L. Mariani, Il rapporto tra terrorismo e stato di emergenza, in Riv. Cammino Dirit. 2,2019.

[2] L. Mariani, Emergenza e legislazione emergenziale nel silenzio delle norme costituzionali italiane, in Riv. Cammino Dirit. 3,2019.

[3] È ad esempio il caso dello stato d'assedio e dello stato d'urgenza nella Costituzione francese. Si veda L. Mariani, Assedio, urgenza e poteri eccezionali: la lotta all'emergenza (anche) terrorista nell'ordinamento francese, in Riv. Cammino Dirit. 7, 2019.

[4] L. Mariani, Emergenza e legislazione emergenziale nel silenzio delle norme costituzionali italiane, in Riv. Cammino Dirit. 3,2019; L. Mariani, Il peso dell'emergenza terrorismo sui diritti fondamentali e il problema della loro tutela: il caso dell'Italia, in Riv. Cammino Dirit. 5, 2019.

[5] P. Bonetti, Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche, 2006, Il Mulino, Bologna, pp. 137-ss.

[6] Costituzione degli Stati Uniti d'America, art. 1 sez. 8.

[7] Id, art. 1 sez. 9.

[8] Id, V emendamento.

[9] Id, art. 2 sez. 2.

[10] Id, art. 2 sez. 3.

[11] P. Bonetti, op. cit., p. 138.

[12] A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, The Federalist, New York, The Modern Library, 1788, trad. it. Il Federalista, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 23.

[13] P. Bonetti, op. cit., p. 139.

[14] P. Bonetti, op. cit., p. 140.

[15] Ibid. p. 141.

[16] Ibid., p. 141.

[17] L. Mariani, Il rapporto tra terrorismo e stato di emergenza, in Riv. Cammino Diritt., 2, 2019, para 5.

[18] U.S. Supreme Court, Prize Cases, 67 US, 653 (1863).

[19] U.S. Supreme Court, Ex Parte Merriam, Fed. Cas. N. 9, 487.

[20] P. Bonetti, op. cit., pp. 141, 142.

[21] U.S. Supreme Court, Ex parte Milligan, 4 Wall. (71 U. S.) 2 (1866).

[22] La traduzione qui riportata è contenuta in P. Bonetti, op. cit., p. 142.

[23] P. Bonetti, op. cit., p. 143.

[24] P. Bonetti, op. cit., pp. 143-145.

[25] Ex parte McCardle, 74 U.S. 506 (1869).

[26] U.S. Supreme Court, Neagle, 135 U.S. 1 (1890).

[27] U.S. Supreme Court, Debs, 158 U.S. 564 (1895).

[28] U.S. Supreme Court, United States v. Midwest Oil Co., 236 U.S. 469 (1915).

[29] U.S. Supreme Court, Duncan v. Kahanamoku, 327 U.S. 304 (1946).

[30] U.S. Supreme Court, Sterling v. Constantin, 287 U.S. 378 (1932).

[31] U.S. Supreme Court, Mover v. Peabody, 212 U.S. 78 (1909).

[32] U.S. Supreme Court, Schneiderman v. United States, 320 U.S. 118 (1943); Baumgartner v. United States, 322 U.S. 655 (1944).

[33] P. Bonetti, op. cit., p. 145.

[34] P. Bonetti, op. cit., pp. 145-ss.

[35] F. Santini, Il caso degli Stati Uniti d'America, in Guerra e Costituzione, a cura di P. Carnevale, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 121-125.

[36] P. Bonetti, op. cit., pp. 146-147.

[37] P. Bonetti, op. cit., p. 147.

[38] L. H. Tribe, American Constitutional Law, I, III edizione, New York, Foundation Press, 2000, p. 670.

[39] C. Bassu, Terrorismo e Costituzioni: Percorsi Comparati, G. Giappichelli Editore, Torino 2010, pp. 64-66.

[40] B. M. Hayashi, Democratizing the Enemy: The Japanese American Internment, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2004, p. 30.

[41] B.M.Hayashi, op. cit., p. 30.

[42] C. Bassu, op. cit., p. 65.

[43] Follett v. Town of McCormick, sc, 321 US 573, 1944.

[44] C. Bassu, op. cit., p. 66.

[45] D. Dyzenhaus, The Constitution of Law: Legality in a time of emergency, Cambridge University Press, 2006., p. 45.

[46] Ex parte Endo, 323 US 283 (1944).

[47] C. R. Sunstein, Minimalism at War, in Supreme Court Review, p. 51.

[48] L. Mariani, Il rapporto tra terrorismo e stato di emergenza, in Riv. Cammino Diritt., 2, 2019, para 5.

[49] C.R. Sunstein, op. cit., pp. 92-93.

[50] P. O. Gudridge, Remember Endo?, in Harvard Law Review, 116, 2003, pp. 1958-59.

[51] P.O. Gudridge, op. cit., p. 1953.

[52] P. O. Gudridge, op. cit., pp. 1953, 1964.

[53] P. O. Gudridge, op. cit., p. 1967.

[54] D. Dyzenhaus, op. cit., p. 47.

[55] D. Dyzenhaus, op. cit., p. 47.

[56] Korematsu v. United States, 584 F. Supp. 1406, 1420.

[57] C. Bassu, op. cit. p. 66.

[58] W. J. Brennan, Jr., The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises, in Israel Year Book on Human Rights, 118. 11, 11 (1988),

[59] L. Mariani, Il rapporto tra terrorismo e stato di emergenza, in Riv. Cammino Diritt., 2, 2019, para 4.

[60] R. Bartoli, op. cit., pag. 353.

[61] S. Gambino, A. Scerbo, Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo, profili comparati. In Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2009, IV, pp.1507-ss.

[62] P. Bonetti, op. cit., p. 148.

[63] P. Bonetti, op. cit., p. 148.

[64] P. Bonetti op. cit., pp. 148-149.

[65] P. Bonetti, op. cit., p. 149.

[66] P. Bonetti, op. cit., p. 151.

[67] Military Order of November 13, 2001: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, sec. 2.

[68] Military Order 2001, sec. 3.

[69] Military Order 2001, sec. 4.

[70] O. Aronson, In/visible courts: military tribunals as other spaces, in Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law, a cura di E. Cole, F. Fabbrini e A. Vedaschi, Edward Elgar Publishing, Northampton, USA, 2012, p.232.

[71] N. K. Katyall, L. H. Tribe, Waging War, Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals, in Yale Law Journal, 111, 2002, pp. 1259, 1277-95.

[72] O. Aronson, op. cit., p. 235.

[73] T. E. Frosini, Lo Stato di diritto si è fermato a Guantanamo, consultabile sul sito della rivista Associazione Italiana Costituzionalisti e pubblicato anche in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n.4, 2005, pp. 1645-ss.

[74] M. Ratner, *The War on Terrorism: Guantanamo Prisoners, Military Commissions and Torture*, in *Lost Liberties, Ashcroft and the Assault on Personal Freedom*, a cura di C. Brown, The New York Press, New York-London, 2003, pp. 131-150.

[75] Department of Defense Military Commission Instructions, n. 3, *Responsibilities of the Chief Prosecutor, Prosecutors and Assistant Prosecutors*, 30 aprile 2002.

[76] D. Luban, *The Publicity Principle*, in *The Theory of Institutional Design*, a cura di R. Goodwin, Cambridge University Press, 1998, p. 154.

[77] T.E. Frosini, *op. cit.*, para. 3 b)

[78] J. Resnik, *Bring Back Bentham: "Open Courts", "Terror Trials", and Public Sphere(s)*, in *Law & Ethics Journal of Human Rights*, n. 5, 2011, p. 276.

[79] M. Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 1, 2004, p. 459.

[80] J. Resnik, *op. cit.*

[81] J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *New York School of Law, Public Law Research Paper*, 10-73, 2010, pp. 13-14.

[82] C. Bassu, *op. cit.*, p. 209.

[83] *Military Commissions Act del 2006; Military Commissions Act del 2009.*

[84] *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2006).

[85] Evan Perez, *U.S. Reverses on 9/11 Trials*, April 5, 2011.

[86] O. Aronson, *op. cit.*, p. 232.

[87] D. Luban, *Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo* in *Stanford Law Review*, n. 60, 2008, pp. 1981, 1989-92.

[88] O. Aronson, *op. cit.*, p. 233.

[89] C. Bassu, *op. cit.* p. 203.

[90] *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

[91] C. Bassu, *op. cit.*, p. 204.

[92] C. Bassu, *op. cit.*, p. 204.

[93] III Convenzione di Ginevra, art. 4.

[94] C. Sciuto, Torture Act, in *Micromega*, n. 4, 2004, pp. 245-302.

[95] L. Vierucci, Il caso Abbasi: la detenzione arbitraria a Guantanamo davanti al giudice inglese, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2003, pp. 911-ss.

[96] Verdugo-Urguidez, 494 U.S., 265. La traduzione qui riportata è contenuta in C. Bassu, op. cit., p. 209.

[97] Federal Habeas Corpus Statute, 28 U.S.C. 2242.

[98] Coalition of Clergy, Lawyers and Professors v. Bush, 310 F.3d 1153, 1156, U.S. Court of Appeals of Ninth Circuit, 2002, certiorari negatio, 123 S. Ct. 2073, 2003.

[99] Corte Suprema, caso n. 123, 19 maggio 2003, 123 S. Ct. 2073 (2003).

[100] Al Odah v. United States, 321 F. 3d 1134, 1145, District of Columbia Circuit Court of Appeals, 2003.

[101] Johnson v. Eisentranger, 339 U.S. 763 (1950).

[102] C. Bassu, op. cit., p. 210.

[103] Al Odah v. United States, para. 1140.

[104] C. Bassu, op. cit., p. 211.

[105] Treaty between the United States of America and Cuba Defining Their Relations, art. 3.

[106] C. Bassu, op. cit., pp. 204-ss

[107] Public Affairs Staff, U.S. Naval Station, Guantanamo Bay The History of Guantanamo Bay, vol. 1, capitolo 3.

[108] C. Bassu, op. cit., p. 212.

[109] C. Bassu, op. cit., p. 212-213.

[110] Hamdi v. Rumsfeld, Secretary of Defense, 542 U.S. (2004), controlling opinion by Justice Sandra Day O'Connor.

[111] C. Bassu, op. cit., p. 213.

[112] Hamdi v. Rumsfeld, Secretary of Defense, 542 U.S. (2004), controlling opinion by Justice Sandra Day O'Connor.

[113] R. Dworkin, What the Court Really Said, in The New York Review of Books, 2004, pp. 26-ss.

[114] Army Regulations, 190-198, Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees, sections 1-6 e 5-1.

[115] C. Bassu, op. cit., p. 214.

[116] C. Bassu, op. cit., p. 214.

[117] C. Bassu, op. cit., p. 215.

[118] C. Bassu, op. cit., p. 215.

[119] C. Bassu, op. cit., p. 216.

[120] Rasul v. Bush, dissenting opinion by Justice Antonin Scalia. I passaggi qui riportati nella loro traduzione in italiano sono contenuti in C. Bassu, op. cit., p. 216.

[121] Rasul v. Bush, dissenting opinion by Justice Antonin Scalia

[122] R. Dworkin, op. cit. p. 28-ss.

[123] R. Dworkin, op. cit., pag. 28.

[124] Johnson v. Eisentrager, dissenting opinion by Justice Hugo Black.

[125] S. Turow, Trial by new Conference? No Justice in that, in The Washington Post, 13 giugno 2004, p.12.

[126] Rumsfeld, Secretary of Defense v. José Padilla and Donna R. Newman, as a next friend of Jose Padilla, 542 U.S. (2004), concurring opinion del Chief Justice Renquist e dei Justices Scalia, O'Connor, Kennedy, Thomas, dissentig Justices Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer.

[127] In the Matter of Jackson, 15 Mich. 417, 439-440 (1867).

[128] Rumsfeld v. Padilla, dissenting opinion by Justices Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer.

[129] C. Bassu, op. cit., p. 180; R. Dworking, op. cit., p. 29

[130] La traduzione qui riportata è contenuta in C. Bassu, op. cit., p. 218.

[131] C. Bassu, op. cit., pp. 218-219.

[132] Human Rights Watch World Report 2006, U.S Policy of Abuse Undermines Rights Worldwide, Washington D.C., 18 gennaio 2006; Amnesty International USA, Amnesty International Responds to Detainee Deaths in Guantanamo Bay.

[133] Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006).

[134] Hamdan v. Rumsfeld, cit., la traduzione qui riportata è contenuta in C. Bassu, op. cit, p. 220.

[135] Military Commissions Act, S. 3930.

[136] C. Bassu, op. cit., pag. 220.

[137] Boumediene et al. v. Bush, President of the United States, et. al. certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, n. 06-1195. Argued december 5, 2007 – decided june 12, 2008.

[138] C. Bassu, op. cit., p. 222

[139] Dorr v. United States, 195 U.S. 138.

[140] C. Bassu, op. cit., pp. 222-223.

[141] Rasul v. Bush, cit., p. 542.

[142] C. Bassu, op. cit., pp. 223-224.

[143] Vengono citati i casi In re Yamashita, 327 U.S. 1, 5, 8 ed Ex parte Quirin, 317 U.S. 1, 23-25

[144] Costituzione degli Stati Uniti d'America, art. I, para. 9. La traduzione riportata è contenuta in C. Bassu, op. cit., p. 224.

[145] C. Bassu, op. cit., p. 224.

[146] DTA-par. 1005 (e).

[147] MCA-parr. 7 a-b.

[148] C. Bassu, op. cit., pp. 224-ss

[149] C. Bassu, op. cit., p. 225

[150] L. Mariani Il rapporto tra terrorismo e stato di emergenza, in Riv. Cammino Dirit., 2, 2019.

[151] Boumediene et. al. v. Bush. La traduzione qui riportata è contenuta in C. Bassu, op. cit., pag. 225.

[152] K. Roach, Managing Secrecy and its Migration in a post-9/11 World, in Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law, cit., p. 118.

[153] Military Commissions Act of 2006 120 Stat. 2611 s.949d(e).

[154] C. Bassu, op. cit., p. 226.

[155] Military Commissions Act of 2009 H.R. 2647-385 s.949p-1(a).

[156] Ibid. s.949p-1(b).

[157] Idid. Subcapitolo V.

[158] T. McKelvey, The Torture Memo, in The impact of 9/11 and the new legal landscape, a cura di M. J. Morgan, 2009, Palgrave Macmillan, pag. 250.

[159] 18 U.S.C. parr. 2340-2340°.

[160] K. J. Greenberg and J. L. Draytel, The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib, New York, Cambridge University Press, 2005.

[161] C. Finkelstein, Vindicating the Rule of Law: Prosecuting Free Riders on Human Rights, in When Governments Break The Law: The Rule of Law and the Prosecution of Bush Administration, a cura di A. Sarat e N. Hussein, New York University Press, New York and London, 2010, p. 42

[162] J. Yoo, War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror, New York., Atlantic Monthly Press, 2006, cap. IX

[163] J. Yoo, op. cit., pp. 171-172

[164] C. Finkelstein, op. cit., po. 44-ss.

[165] Bybee memo, part V.

[166] P. Bonetti, op. cit., p. 265.

[167] E. Sciso, La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali, in Rivista di Diritto Internazionale, 2003, pp. 111-ss, 120, 123-124.

[168] P. Bonetti, op. cit., p. 266.

[169] T. McKelvey, op. cit., pp. 251-ss.

[170] P. Bonetti, op. cit., pp. 266-ss.

[171] T. McKelvey, op. cit., p. 255.

[172] A. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2003, pp. 127-155.

[173] B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, cit., pp. 74-76.

[174] F. Rimoli, *Più sicuri o più liberi? Uso della tortura e bilanciamento tra valori*, in *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di A. Gianelli, M. Paternò, Carocci, 2004.

[175] P. Bonetti, op. cit., p. 266.

[176] Questo fenomeno è stato già esposto, con riguardo al caso dell'Imam di Milano Abu Omar, in L. Mariani, *Il peso dell'emergenza terrorismo sui diritti fondamentali e il problema della loro tutela: il caso dell'Italia*, in *Riv. Cammino Dirit.* 5, 2019, paragrafo 2.

[177] P. Bonetti, op. cit., pp. 266-ss.

[178] J. K. Lekea, *Fighting Terrorism: The Role of Military Ethics, Humanitarian Law, and Human Rights in Theory and Practice*, in *The Impact of 9/11 and the New Legal Landscape*, cit., p. 215.

[179] K. Roach, op. cit., p. 119.

[180] J.K. Lekea, op. cit., p. 225.

[181] J. Klabbbers, *Rebel With a Cause? Terrorists and Humanitarian Law*, in *EJIL*, vol. 14, n. 3, 2003, pp. 299-312.

[182] J.K. Lekea, op. cit., pp. 215.

[183] J.K. Lekea, op. cit., pp. 215-ss.

[184] *Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and*

*Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, art. 13; similmente, *Convention*

*(III) Relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, art. 4.

[185] J.K. Lekea, op. cit., p. 216.

[186] J.K. Lekea, op. cit., p. 218.

[187] J.K. Lekea, p. 217.

[188] T. Pfaff, Non-Combatant Immunity and the War on Terrorism, January 2003, consultabile su: {https/URL}

[189] J.K. Lekea, p. 218.

[190] D. Statman, Targeting Terror, in Theoretical Inquiries in Law, vol. 5.1, 2004,

[191] J.K. Lekea, op. cit., p. 219.

[192] E. Gross, Self Defense Against Terrorism, in Journal of Military Ethics, vol. 1, 2002, pp. 96-97

[193] S. D. Murphy, International Law, the United States, and the Non-Military 'War' on Terrorism, in European Journal of International Law, n. 2 (2003), p. 363.

[194] E. Benvenisti, The U.S. and the Use of Force: Double-Edged Hegemony and the Management of Global Emergencies, in European Journal of International Law, n. 4 (2004), pp. 677-700.

[195] J.K. Lekea, op. cit., pp. 224-225.

[196] R. B. Myerson, Game Theory: Analysis of Conflict, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1997, pp. 1-35.

[197] C. P. Banks, National Security Letters and Diminishing Privacy Rights, in The Impact of 9/11 and the New Legal Landscape, cit., p. 92.

[198] L. Donohue, The Cost of Counterterrorism: Power, Politics, And Liberty, Cambridge University Press, 2008, p. 239. Viene citato il caso Doe v. Ashcroft, 334 F. Supp. 2d 471 (SDNY, 2004).

[199] M. J. Woods, Counterintelligence and Access to Transactional Records: A Practical History of USA Patriot Act Section 215, in National Security Law and Policy, 1, 2005, pp. 37, 39-41; C. Banks, Protecting (or Destroying) Freedom through Law, New York, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 34-35.

[200] C. Doyle, National Security Letters in Foreign Intelligence Investigations: Legal Background and Recent Amendments (Updated March 28, 2008), Washington, D C: Congressional Research Service, 2008, pp. 2 -3.

[201] C. Banks, op. cit., in The Impact of 9/11 and the New Legal Landscape, cit., p. 92.

[202] C. Banks, op. cit., pp. 94-96.

[203] C. Doyle, National Security Letters in Foreign Intelligence Investigations (aggiornato al giugno 2015), in Congressional Research Service Report, p. 2, consultabile sul sito della Federation of American Scientists

[204] C. Banks, op. cit., p. 95.

[205] C. Banks, op. cit., pp. 96-97.

[206] C. Doyle, op. cit., pp. 9-14.

[207] Doe v. Gonzalez, 500 F. Supp.2d 379 (SDNY 2007).

[208] C. Banks, op. cit., p. 98.

[209] U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, A Review of the Federal Bureau of Investigation's Use of National Security Letters (March 2007), 121-124.

[210] C. Doyle, op. cit., p. 10.

[211] C. Doyle, op. cit., pp. 17-19.

[212] 12 U.S.C. 3414(a)(2)

[213] 12 U.S.C. 3414(d)(2), (c)(1)(B)

[214] 15 U.S.C. 1681u(d)(2)(A)

[215] C. Banks, op. cit., p. 99.

[216] M. M. Khan, Kim M. Williams, National Security Entry and Exit Registration, In The Impact of 9/11 and the New Legal Landscape, cit., p. 103.

[217] Registro federale, 23 dicembre 2016, consultabile su: {https/URL}

[218] M.M. Khan, K. M. Williams, op. cit., p. 104.

[219] Ibid., p. 105.

[220] Ibid., pp. 105-107.

[221] M.M. Khan, K.M. Williams, op. cit., pp. 106-107.

[222] M.M. Khan, K.M. Williams, op. cit., p. 106.

[223] M.M. Khan, K.M. Williams, op. cit., p. 107.

[224] M.M. Khan, K.M. Williams, op. cit., pag. 108.

[225] Ibid., pag. 109.

[226] Anna Liguori, Il Muslim Ban di Trump alla luce del diritto internazionale, in Diritti umani e diritto internazionale, vol. 11, 2017, n. 1, p. 173.

[227] Un elenco di tutti i ricorsi è consultabile su [www.clearinghouse.net](http://www.clearinghouse.net).

[228] District Court for the Western District of Washington at Seattle, State of Washington et al. v. Donald J. Trump et al., causa n. C17-0141JLR, Temporary Restraining Order del 3 febbraio 2017.

[229] Court of Appeals for the Ninth Circuit, State of Washington and State of Minnesota v. Donald J. Trump et al., causa n. 17-35105, Order del 9 febbraio 2017.

[230] A. Liguori, op. cit., pag. 176.

[231] Court of Appeals for the Ninth Circuit, State of Washington and State of Minnesota v. Donald J. Trump et al., causa n. 17-35105, Order del 16 febbraio 2017.

[232] District Court for the District of Hawaii, State of Hawaii et al. v. Trump, et al., causa n. 17-00050, Order del 15 marzo 2017.

[233] Consultabile sul sito della CNN.

[234] D. Cole, We'll See You in Court: Why Trump's Executive Order on Refugees Violates the Establishment Clause, in Just Security, 28 gennaio 2017, consultabile su [JustSecurity.org](http://JustSecurity.org).

[235] Larson v. Valente, 456 US. 228, 244 (1982).

[236] D. Cole, Why Trump's Proposed Targeting of Muslims Would Be Unconstitutional, in Just Security, 21 novembre 2016, consultabile su: [JustSecurity.org](http://JustSecurity.org).

[237] E. Posner, Is an immigration ban on muslims unconstitutional?, 8 dicembre 2015, consultabile su: [EricPosner.com](http://EricPosner.com).

[238] E. Volokh, Banning Muslims from entering the U.S. is a very bad idea — but it may be constitutionally permissible, articolo del Washington Post del 8 dicembre 2015.

[239] D. Cole, Why Trump's Supposed Targeting of Muslims Would Be Unconstitutional, cit..

[240] IACHR Expresses Concern over Executive Orders on Immigration and Refugees in the United States, Press Release del 1 febbraio 2017.

[241] F. Salerno, L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo, in Diritti umani e diritto internazionale, 2010, pp. 487-ss.

[242] P. Benvenuti, La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, in La tutela internazionale dei diritti umani, a cura di Laura Pineschi, Milano, 2006, p. 169.

[243] A. Liguori, op. cit., p. 179.

[244] A. Del Guercio, La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

[245] A. Liguori, op. cit., p. 180.

---