

Silvio Rionato

Profili del diritto penale di guerra statunitense contro il terrorismo (dopo il Nine-Eleven)

Gli Stati Uniti si misurano ormai da molto tempo con una continua, grave emergenza-terrorismo che nella rappresentazione collettiva è un drammatico fattore lacerante. Si pensi – solo per citarne alcuni - agli atti terroristici contro il *World Trade Center* del 26 febbraio 1993 e agli ordigni fatti esplodere presso le ambasciate statunitensi di Nairobi, in Kenia e di Dar Es Salaam, in Tanzania, il 7 agosto 1998. Ma sono i fatti dell'11 settembre 2001 (c.d. *Nine-Eleven*) che hanno prepotentemente suscitato riflessioni nel senso dell'urgenza di apprestare strumenti legislativi più adeguati, calibrati *ad hoc* (anche) sul fronte della tutela penale – mentre i processi per i fatti sopra accennati sono stati celebrati secondo le norme penali ordinarie e davanti ai giudici esercenti l'ordinaria giurisdizione (*district courts*, giudici distrettuali *federali*).

In effetti, l'attacco alle torri e la loro sanguinosa distruzione ha costituito per la prima volta una inequivoca, devastante, tragicissima aggressione *dall'esterno* di enorme ampiezza, aggressione realizzata *nel cuore del territorio statunitense*, per ragioni politiche, da una *forza armata organizzata*. Insomma, un atto di vera guerra, sia pur, volendo, la post-post-moderna guerra terroristica, senza quartiere¹.

Ne è sortita, nella rappresentazione statunitense, un'impellente necessità di fondere il tradizionale rigore delle sanzioni penali conseguenti alla commissione di reati di terrorismo con l'esigenza di un accertamento giudiziario celere e lineare, collegato ad un'attività di "polizia", rivolta all'apprensione dei colpevoli, che ha integrato una limpida risposta *bellica* statunitense all'atto scatenante. Si sono quindi determinate profonde riforme del diritto penale statunitense in materia di terrorismo, che hanno dato vita ad un inedito *diritto*

¹ Per un primo approccio v. JEAN C., "Guerra, strategia e sicurezza", (Laterza) Bari, 2001; LIANG Q. - XIANGSUI W., *Guerra senza limiti. L'arte della guerra asimmetrica tra terrorismo e globalizzazione*, (Libreria Editrice Goriziana) Gorizia, 2001; RAPETTO U. - DI NUNZIO R., *Le nuove guerre. Dalla Cyberwar ai Black Bloc, dal sabotaggio mediatico a Bin Laden*, (Rizzoli) Milano, 2001.

penale di guerra al terrorismo, tramite vari provvedimenti legislativi innovativi. Nel presente lavoro sono presentati soltanto alcuni dei principali profili di novità introdotti dalle Novelle statunitensi, una più ampia disamina dovendo essere rinviata in ragione di economie espositive².

1. Terrorismo tra giurisdizione ordinaria e commissioni militari.

Gli Stati Uniti sono (anche) giuridicamente in stato di guerra, almeno dal loro punto di vista. Il 18 settembre 2001 al Presidente sono stati conferiti i poteri di guerra contro chiunque fosse implicato nell'attacco alle torri³. Il 13 novembre il Presidente ha firmato l'ordinanza militare che ha introdotto la parte più aspra del menzionato nuovo diritto penale di guerra al terrorismo, l' *executive order on the "Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism"*⁴. Lo spirito dell'ordinanza militare penale presidenziale si coglie bene laddove afferma a chiare lettere che non saranno validi "*the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts*". Insomma, sono revocati i principi dello Stato di diritto⁵.

L'Amministrazione si è trovata di fronte ad una scelta: affidare, come in passato, la repressione giudiziaria del terrorismo internazionale alle ordinarie corti distrettuali, ovvero battere una strada nuova, optando per una giurisdizione di diversa natura. Occorre però notare che, nel sistema complessivo, la determinazione della giurisdizione ridonda in determinazione del diritto penale sostanziale applicabile.

Orbene, si è preferito cumulare i vantaggi offerti, di volta in volta, dall'esercizio di una giurisdizione di nuovo conio ovvero di quella ordinaria. Infatti, da un lato, il 13 novembre 2001 il Presidente degli Stati Uniti, in qualità

² Un ampio lavoro è in corso di preparazione da parte del dott. Marco Rebecca che ha collaborato alla preparazione del presente scritto e ha già presentato una informata ricognizione nelle vesti di tesi di laurea (REBECCA M., *La repressione del terrorismo internazionale nell'ordinamento penale militare statunitense*, a.a. 2001-2002, Univ. d. Studi di Padova, Fac. Giurisprudenza).

³ Il testo di legge è consultabile in AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *Joint Resolution to authorize the use of the United States armed forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States*, International Legal Materials, vol. 40, 2001, 1282. Per una circostanziata descrizione degli attacchi terroristici e della reazione americana v. MURPHY S.D., *Legal regulation of use of force*, in *American Journal of International Law*, vol. 96 n. 1, 2002, 237.

⁴ 66 *Federal Register* 57833 of 16 November 2001. Il testo integrale dell'ordine è rinvenibile in AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *U.S.: presidential military order on the detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism*, International Legal Materials, vol. 41, 2002, 252 ss.

⁵ Sul punto, basti per ora la pur pacata critica di R. DWORKIN, *The Trouble with The Tribunals*, in *The New York Review of the Books*, 25 aprile 2002 (www.nybooks.com/articles/15284), il quale conclude icasticamente notando che "Fear is understandable, but it should not sap our judgment and our decency". V. anche *infra*, par. 7.

di comandante in capo delle FF.AA., ha emesso il menzionato *order* che istituisce una nuova specie di giudice militare – le *military commissions* – commissioni che applicano un nuovo diritto penale sostanziale *ad hoc*. Dall’altro lato, il Congresso, con lo *USA Patriot Act* del 26 ottobre 2001, ha riformato la previgente disciplina di diritto comune applicata dalle ordinarie corti distrettuali, lasciando intatta la possibilità del processo davanti all’ordinario giudice federale.

Il problema di regolare il concorso delle corti distrettuali e delle commissioni militari nella repressione giudiziaria del terrorismo internazionale è stato risolto secondo criteri molto “politici”. Il provvedimento governativo del 13 novembre affida al Presidente il potere di scegliere, *caso per caso*, se il sospetto terrorista debba essere processato dall’autorità giudiziaria civile ovvero da quella militare di nuova introduzione.

La discrezionalità del Presidente incontra un solo limite: i cittadini americani, infatti, sono *a priori* esclusi dalla giurisdizione delle commissioni militari. Il discrimine permea buona parte dell’intera reazione normativa al *Nine-Eleven*, che si è ancorata ad una sorta di (dissennata) lotta a tutto campo contro lo straniero, una lotta di stampo maccartiano⁶.

Per quanti non sono *american citizens*, si è dunque condizionato l’esercizio della giurisdizione da parte delle commissioni militari all’adozione di un atto che, peraltro, non necessita di alcuna motivazione che ne manifesti la razionalità e che, di conseguenza, va francamente ritenuto arbitrario, o, volendo, “politico”⁷. In seguito si dirà come pure il limite della cittadinanza americana sia stato di recente travalicato da parte dell’Amministrazione (par. 6).

Più in generale si impone di rilevare almeno che l’ordine del 13 novembre contrasta apertamente con la lettera dell’art. 1 della Costituzione federale, laddove è stabilito che il potere di costituire tribunali inferiori alla Corte Suprema spetta (non al Presidente) ma al Congresso, cioè all’organo legislativo federale. Tuttavia, una parte della dottrina⁸ e la giurisprudenza⁹ opinano che il potere di

⁶ V. la ricognizione aspramente critica di COLE D., *Enemy Aliens*, in *Stanford Law Review*, vol. 54, 5, 2002, 953.

⁷ Riguardo all’incertezza dei criteri che presiedono all’individuazione dei soggetti cui si applica la disciplina speciale v. MURPHY S. D., *U.S. detention of aliens in aftermath of september 11 attacks*, in *American Journal of International Law*, vol. 96, n. 2, 2002, 472: “it is unclear how much information the government will be required to produce in support of the certification that the non-national is a terrorist or support terrorism”.

⁸ Per tutti, MACDONNEL T., *Military commissions and courts-martial: a brief discussion of the constitutional and jurisdictional distinctions between the two courts*, in *The Army Lawyer*, marzo 2002, 20.

⁹ Supreme Court, Application of Yamashita, 327 U.S. 1 (1946).

istituire commissioni militari rientri nei c.d. “poteri di guerra” (*war powers*) di cui il Presidente è titolare in qualità di comandante in capo delle FF.AA.

Al nuovo processo militare speciale non si applica il diritto penale militare ordinario - contenuto nell’*Uniform Code of Military Justice* - che regola la cognizione giudiziaria delle *courts-martial*. La disciplina che interessa le commissioni militari, infatti, trova fonte, quanto ai principi, nell’ordine esecutivo del Presidente e, quanto alla disciplina di dettaglio, in un *military order* del Segretario alla Difesa (Rumsfeld) del 21 marzo 2002¹⁰. Le *military commissions* presentano scarse e secondarie somiglianze con le corti marziali che ordinariamente esercitano la giurisdizione militare, come si dirà in seguito (par. 3).

2. *Terrorismo nelle fattispecie di diritto penale sostanziale*

La formulazione normativa del reato di terrorismo internazionale disegnato dall’ordine esecutivo presidenziale è quanto meno singolare. La nuova disciplina punisce, oltre che il mero collegamento ad organizzazioni terroristiche, qualunque fatto che, secondo l’insindacabile apprezzamento del Presidente, sia da ritenersi - anche indirettamente - lesivo degli interessi degli Stati Uniti¹¹. Questa inedita definizione contraddice apertamente la nozione tradizionale di terrorismo e la svuota di ogni finalità di eversione o comunque di ogni finalità politica in senso ampio. La formulazione di questa norma incriminatrice è così generica da consentire il processo davanti alle commissioni militari, per terrorismo internazionale, perfino nei confronti di un (preteso) autore di fatti bagatellari. Insomma, in base all’ordine esecutivo emesso dal Presidente degli Stati Uniti il 13 novembre 2001, colui che (sprovvisto di cittadinanza americana) sia sospettato di aver commesso un *qualsiasi* fatto lesivo degli interessi

¹⁰ Consultabile in AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *U.S. DoD: Military Commission Order No. 1*, International Legal Materials, vol. 41, 2002, 725 ss. e, inoltre, sul sito internet del Dipartimento alla Difesa www.defendamerica.mil. In una nota ufficiale (GILMORE G., *Rumsfeld: military commissions will be balanced fair and just*, American Forces Press Service, 21 marzo 2002) diffusa dall’Amministrazione statunitense lo stesso giorno dell’emanazione del provvedimento, è stato sostenuto che le nuove regole processuali hanno attitudine a garantire un accertamento giudiziario approfondito e trasparente. Il 26 novembre 2002, il presidente del *National Institute of Military Justice* di Washington - Eugene Fidell - ha inviato al Dipartimento alla Difesa una lettera (disponibile in www.nimj.com) che auspica la pubblicazione di un *public comment*, una sorta di interpretazione autentica delle regole processuali del 21 marzo.

¹¹ Sez. 2 (1)(2). La legge, nell’individuare formalmente coloro che sono soggetti al *military order* presidenziale, in buona sostanza fornisce la definizione del reato di “terrorismo internazionale”. Essa esordisce con un tentativo di illustrazione analitica dei comportamenti materiali che integrano la fattispecie terroristica, salvo chiudersi con una “clausola omnibus”, che applica la disciplina speciale alle persone che il Presidente, secondo la sua discrezionale ed insindacabile valutazione, reputi collegate ai *networks* terroristici.

statunitensi può essere accusato di terrorismo internazionale, davanti a una commissione militare, qualora ciò derivi dalla scelta “politica” del Presidente che così lo sottragga, in uno, alla giustizia ordinaria e alle ordinarie norme incriminatrici.

Inoltre, la disciplina speciale rimette la determinazione delle sanzioni irrogabili (ivi compresa la pena capitale) alla mera discrezionalità dell'autorità giudiziaria, senza alcun criterio prefissato di valutazione. E' peraltro da credere che si attiveranno meccanismi di integrazione, i quali dovrebbero essere favoriti dalla *common law* che ancora in parte ispira il sistema penale statunitense – non è però detto che integrazioni del genere risulteranno favorevoli al colpevole.

I sospetti terroristi ai quali non si applichi la disciplina speciale, per esserne stati esclusi dal Presidente o perché muniti di cittadinanza americana, sono giudicati dalle ordinarie *district courts*. Nelle corti distrettuali federali si applica il diritto penale comune e, nel caso, la più dettagliata disciplina del terrorismo contenuta nelle sezioni 2331 e ss. del titolo 18 *US Code*, recentemente riformata dal menzionato *Patriot Act* del 26 ottobre 2001, Novella che peraltro a sua volta costituisce un giro di vite¹², soprattutto a carico degli stranieri, reintroducendo il *guilty by association*, la punibilità, cioè, in base alla semplice associazione a organizzazioni terroriste, mentre è vaga nella definizione delle organizzazioni "terroriste", che finisce per riguardare qualsiasi gruppo che faccia, abbia fatto, o soltanto propagandato l'uso di pratiche violente che portino o possano portare a danneggiamento di beni materiali¹³.

3. *Terrorismo nel regime della giurisdizione e del processo. Aspetti notevoli.*

¹² Cfr. COLE, *Enemy Aliens*, cit., *passim*.

¹³ Sugli immigrati la Novella esercitò la sua massima pressione. La mera militanza, o sostegno finanziario a gruppi "terroristi" è colpita con la carcerazione e deportazione immediata. Deportazione e arresto riguardano anche l'immigrato che dia supporto materiale, consapevolmente o no, a gruppi o persone sospettati di "terrorismo". Arresto e deportazione possono avvenire su basi assolutamente discrezionali, per il semplice sospetto di reato. Infatti, senza necessità di alcuna autorizzazione da parte del magistrato, un immigrato ritenuto "con buona ragione" responsabile di atti terroristici può essere sottoposto a sette giorni di arresto, da commutarsi eventualmente in ulteriore detenzione o deportazione. La detenzione si trasforma, in alcuni casi, in carcerazione *sine die*. Qualora la nazione d'origine rifiuti il rimpatrio (o nel caso in cui il rimpatrio non sia possibile per carenza di relazioni diplomatiche) il soggetto viene detenuto a tempo indeterminato dall'*Immigration and naturalization service*. La detenzione può essere discrezionalmente rivalutata ogni sei mesi, senza processo nè prove a carico. Per gli immigrati vi sono inoltre gravi limitazioni della libertà d'espressione. Dichiarazioni fatte all'estero possono preludere al diniego di rientro negli USA e alla deportazione.

Tra le novità di maggiore spicco della nuova disciplina speciale meritano un ulteriore breve cenno almeno l'istituzione del nuovo giudice militare *ad hoc*¹⁴ e l'attribuzione al Segretario alla Difesa del potere di disciplinare, attraverso propri regolamenti, il processo che si svolge davanti alle commissioni militari¹⁵.

Le *military commissions* non costituiscono una novità assoluta, ma il loro uso è stato finora limitato – sia nella prassi giudiziaria statunitense sia in quella di altri Paesi - alla punizione di crimini di guerra¹⁶.

Si discute se i fatti di terrorismo internazionale integrino crimini di guerra¹⁷. Di conseguenza, la legittimità dell'esercizio della giurisdizione militare nel caso di specie non è pacifica, sia sotto il profilo del diritto internazionale consuetudinario sia dall'angolo visuale del diritto federale statunitense¹⁸.

Il nuovo processo militare soggiace a *standards* garantistici nemmeno paragonabili a quelli tipici del processo avanti le corti distrettuali, e comunque di livello molto inferiore a quelli propri del giudizio militare ordinario davanti a

¹⁴ *Executive Order*, cit., Sez. 4 (a)

¹⁵ *Ibidem*, Sez. 4 (b)(c)

¹⁶ Gli archetipi delle commissioni militari risalgono al Medioevo. Sulla prassi internazionale riguardante l'uso delle commissioni militari: LEVIE H. S., *Terrorism in war: the law of war crimes*, Philadelphia, Silver ed., 1993, 19-20, 105, 119, 127, 176-177; per un'indagine sul ruolo delle *military commissions* nella storia della giurisdizione militare statunitense: LACEY M. O., *Military commissions: an historical survey*, *The Army Lawyer*, marzo 2002, 41-46. Come è stato di recente osservato da SHERMAN E. F. (*The disposition of Afghan war and Al-Qaeda prisoners*, *Tulane Lawyer*, n.2/2002, 10), in origine le *military commissions* venivano impiegate, oltre che per punire i *crimes of war*, anche per sanzionare – in tempo di guerra – i reati previsti dalle leggi ordinarie commessi da civili, che in tempo di pace sarebbero rientrati nella giurisdizione delle *federal district courts*. I civili, infatti, non sono soggetti all'*Uniform Code of Military Justice*, che contiene il diritto penale militare applicabile dalle *Courts-Martial*. Questa prassi è stata interrotta dalla fondamentale sentenza *Ex parte Milligan* (1866) della Corte Suprema (71 U.S. 2), che ha escluso che i civili possano essere processati da commissioni militari quando concorrano due condizioni: 1) il reato spetti alla cognizione del giudice ordinario 2) l'ordinario sistema giudiziario sia funzionante. L'impiego delle *military commissions*, pertanto, è stato circoscritto ai crimini di guerra ed ai crimini contro l'umanità commessi da militari stranieri, atteso che i *crimes of war* commessi dagli appartenenti alle Forze Armate statunitensi, per espressa disposizione dell'art. 18 *UCMJ*, sono giudicati da ordinarie *general courts-martial*.

¹⁷ A favore della tesi affermativa: DEAN J., *The critics are wrong: why President Bush's decision to bring foreign terrorists to justice before military tribunals should not offend civil libertarians*, <http://writ.news.findlaw.com>, 23 novembre 2001; *contra* MEGRET F., *War? Legal semantics and the move to violence*, *European Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 2002, 391. Cfr., inoltre, MATHESON M. J. (*U.S. military commissions: one of several options*, *American Journal of International Law*, vol. 96, n. 2, 2002, 358) il quale sostiene che eventuali crimini di guerra in senso proprio vanno ricercati *solo* nel confronto armato che ha avuto luogo in Afghanistan: ne deriverebbe l'insuscettibilità di qualificare "*crimes of war*" gli attacchi dell'11 settembre, i cui autori dovrebbero essere giudicati da giudici "civili" federali. E' stato altresì affermato (WEDGWOOD R., *Al Qaeda, terrorism and military commissions*, *American Journal of International Law*, vol. 96, n. 2, 2002, 333) che il fondamento, nel diritto internazionale attualmente vigente, della legittimità della giurisdizione delle commissioni militari va ravvisato nell'art. 84 della Terza Convenzione di Ginevra. *Contra* HONGJU KOH H. (*The case against military commissions*, *American Journal of International Law*, Vol. 96, n. 2, 2002, 342), secondo cui "*Espousing military commissions undermines U.S. moral leadership abroad when that leadership is needed the most*".

¹⁸ Nella dialettica tra quanti, in dottrina, sostengono la giurisdizione delle commissioni militari e quanti propendono per le corti distrettuali si è inserita una terza via, che afferma la giurisdizione della Corte Penale Internazionale istituita dal Trattato di Roma (CHARLESWORTH, in AA.VV., *Teach in on terrorism*, *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, n. 1, 2001, 96). E' stato pure proposto (SHAPIRO S J. – EPSTEIN M. – FISCHER M. P., HARTZMAN R. – Committee on military affairs and justice of the city on New York, *Inter arma silent leges: in times of armed conflict, should the laws be silent?*, in www.nimj.org, 43) di sottoporre gli imputati di terrorismo internazionale al processo militare che si svolge davanti alle *courts-martial*, ritenute più adatte del giudice militare speciale a giudicare questa tipologia di crimini. Ne discenderebbe che il processo ai sospetti terroristi dovrebbe celebrarsi in applicazione delle norme dell'*Uniform Code of Military Justice* (10 USC 801-846).

corti marziali. In particolare, vale la pena di osservare tra l'altro che non esiste per il condannato (da una commissione militare) il diritto di impugnare la sentenza: infatti la decisione è oggetto soltanto di un procedimento di controllo amministrativo eseguito d'ufficio, che culmina con la *final decision* del Presidente. Ovvio che ciò desta gravi perplessità sulla possibilità che la cognizione giudiziaria delle commissioni sia davvero approfondita nonché "giusta". Si noti che ben diverso è l'*appellate review* previsto dall'ordinamento militare avverso le sentenze di primo grado delle corti marziali: i ricorsi giurisdizionali esperibili contro una sentenza di una *court-martial* si articolano su tre gradi di giudizio, che comprendono l'esame – nell'ordine - della Corte degli Appelli Criminali (di cui possono far parte *anche* giudici ordinari cioè non militari), della Corte d'Appello per le Forze Armate (composta *esclusivamente* da giudici non militari) e, infine, della Corte Suprema.

Il *military order* di Rumsfeld conferisce solo per alcuni aspetti il crisma di costituzionalità al processo delle *military commission*, fugando parte dei gravi dubbi originati dall'*executive order* presidenziale del 13 novembre 2001¹⁹. In particolare, anche a seguito del *military order* del Segretario alla Difesa, nel processo penale militare speciale è esclusa l'applicazione: dell'art. 2 della *Federal Constitution*, che assicura il controllo del giudice ordinario sulla legittimità di ogni forma di detenzione; del Quarto Emendamento che protegge l'individuo da irragionevoli *searches and seizures*; del Sesto Emendamento che garantisce all'imputato un giudizio celere e pubblico ed il diritto di essere informato dell'accusa.

4. Applicazioni giurisprudenziali e sorte dei detenuti

Secondo il *military order* del Segretario alla Difesa del 21 marzo 2002, sez. 6 (B), *in linea di principio* i nuovi processi militari sono pubblici. Ad oggi non ve n'è alcuno ufficialmente pendente. L'inizio dei processi militari speciali,

¹⁹ A questo proposito, è stato rilevato (REZNECK D. A. – POTTER J. F., *Military tribunals, the Constitution, and the UCMJ*, in *Federal Courts Law Review*, n. 3/2002, 25) che "*the initial order was insensitive to the significant Constitutional and statutory questions it created. The Secretary's order, which incorporates UCMJ procedures, is a vital improvement but complicated questions persist; for example, application of traditional constitutional guarantees in criminal trials to the procedures of the trials in the tribunals*".

dato per imminente già in un articolo del *Washington Post* del 18 novembre²⁰, è stato di recente annunciato da *The Miami Herald*²¹.

Diversamente, i processi davanti alle comuni corti distrettuali sono già iniziati. Ad oggi, soltanto uno ha raggiunto la conclusione, con palese trattamento di favore per l'imputato. Si tratta del processo a carico di John Walker Lindh, giovane cittadino statunitense combattente con gli afgani, la cui vicenda giudiziaria, iniziata con l'accusa per una serie numerosa di reati di terrorismo, comportante in astratto anche la pena capitale, si è conclusa con un *plea agreement*, una sorta di "patteggiamento" o meglio transazione giudiziaria molto "libera" (compresa tra l'altro la rinuncia a doglianze contro trattamenti iniqui in stato di carcerazione preventiva), che ha "limitato" la pena detentiva a vent'anni di reclusione e prodotto altri notevolissimi benefici per il condannato²². Da notare che il mercato sulle sanzioni, tipicamente americano, parrebbe escluso dal diverso regime correlato al giudizio davanti alle commissioni militari.

Altro processo in corso davanti al giudice ordinario è quello contro Moussaoui che è imputato di aver cospirato allo scopo di mettere a segno gli attacchi dell'11 settembre. Di recente, l'Esecutivo ha considerato l'ipotesi di "cambiare giudice" a Moussaoui²³, togliendo il processo alla *District court of Virginia* ed affidandolo ad una commissione militare. Il 30 settembre è stato disposto un rinvio di sei mesi, e il 21 ottobre un altro sospetto terrorista che nel mese di luglio aveva pesantemente accusato Moussaoui, ha

²⁰ SCHMIDT S. – BRADLEY G., *Military Trial Plans Nearly Done*, *Washington Post*, 18 novembre 2002.

²¹ DAVIES F., *U.S. readies tribunals for terrorism trials*, *The Miami Herald*, 26 dicembre 2002: l'articolo precisa che il ritardo dell'entrata in funzione delle commissioni militari è dipeso dalla ferma volontà dell'Amministrazione di prolungare la carcerazione preventiva, allo scopo di ottenere dai detenuti informazioni utili alla guerra al terrorismo. Intanto la stampa insinua il sospetto che i detenuti abbiano subito trattamenti degradanti: PRIEST D., GELLMAN B., *US decries abuse but defends interrogations*, *Washington Post*, 26 dicembre 2002.

²² Questo trattamento di favore non ha mancato di suscitare polemiche: v. DAVIS A.-MAUER M., *Others aren't so lucky*, *Washington Post*, 20 luglio 2002.

²³ SHENON P. – SCHMITT E., *Threats and responses: the 9/11 suspect; White House weighs letting military tribunal try Moussaoui, officials say*, *The New York Times*, 10 novembre 2002. E' stato osservato (COLE D., *Enemy aliens*, *Stanford Law Review*, vol. 54, 2002, 963) che Zacarias Moussaoui è, tra tutti coloro che si trovano attualmente detenuti sotto l'autorità del Ministro della Giustizia, l'unico il cui stato di detenzione non sia surrettiziamente giustificato dall'Amministrazione con "pretextual charges": tutti gli altri sono stati arrestati (nella maggior parte dei casi per violazione delle leggi sull'immigrazione) malgrado non vi fosse alcun elemento obiettivo che ne testimoniava l'affiliazione ai *networks* terroristici. Lo stesso A. (955, 990-991, 1004) deplora con vigore la prassi, invalsa dopo l'11 settembre, di detenere persone di etnia araba senza alcuna formale accusa e senza alcuna prova (salvo, in taluni casi, essere rilasciati - senza spiegazioni - dopo alcuni mesi di detenzione), non dissimilmente da quanto avvenne, durante la Seconda Guerra Mondiale, per decine di migliaia di persone di origine nipponica (di cui settantamila *american citizens*) che si trovavano in territorio americano e furono arrestati, in quanto presuntivamente reputati collaborazionisti con il nemico per il solo fatto di essere "Japs". La Corte Suprema (*Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 101, 1943) ha avallato questa scelta dell'Esecutivo, riconoscendo che "the fact alone that the attack on our shores was threatened by Japan rather than another enemy power set these citizens apart from others who have no particular association with Japan".

ritrattato le accuse²⁴. Guarda caso, proprio dopo la ritrattazione del teste-chiave, il Ministero della Giustizia (da cui dipende il *prosecutor*, cioè la pubblica accusa) ha pensato di cambiare giudice in corso di processo, “passando” alla commissione militare. Questa eventualità, paventata nel novembre 2002, non si è realizzata e pare che il processo-Moussaoui rimanga per ora incardinato davanti al giudice federale ordinario²⁵.

5. I sospetti terroristi detenuti, tra diritto statunitense e diritto internazionale.

La maggior parte dei sospetti terroristi arrestati si trova ancora in stato di carcerazione preventiva. I detenuti in attesa di giudizio possono essere distinti in due categorie.

Alla prima appartengono quanti si trovano in carceri dislocate *sul territorio* degli Stati Uniti. Questi indagati sono soggetti al controllo del *Bureau of Prisons*, cioè di un’articolazione interna al Dipartimento alla Giustizia e, dunque, al potere regolamentare del Ministro. La legittimità della carcerazione preventiva cui sono sottoposti può essere sindacata mediante l’esercizio di specifiche azioni giudiziarie previste dall’ordinamento federale. In particolare, l’art. 1 sez. 9 della Costituzione prevede la facoltà di sollecitare l’emissione, da parte del giudice ordinario, del *writ of habeas corpus*, provvedimento che ordina all’Amministrazione di esibire gli elementi di fatto e di diritto che fondano la legittimità della restrizione della libertà personale cui il ricorrente è sottoposto.

Della seconda categoria fanno parte quanti sono attualmente detenuti nella base militare statunitense di *Guantanamo*, sull’isola di Cuba. In gennaio e febbraio 2002 sono stati promossi due distinti procedimenti giudiziari (il primo davanti alla *district court* di Los Angeles, il secondo davanti alla corte distrettuale di Washington)²⁶ con cui si lamentava l’espiazione dei detenuti di *Guantanamo* dei più elementari diritti garantiti dalla Costituzione e dai trattati internazionali di cui gli U.S.A. sono parte. Tra questi, il diritto al “*due process of*

²⁴ CNN, *Moussaoui friend sentenced, agrees to testify against him* in www.cnn.com, 22 ottobre 2002.

²⁵ Che il processo-Moussaoui sia tuttora pendente presso la *District Court for the Eastern District of Virginia* è confermato dal sito ufficiale della corte, che dà chiare informazioni sullo stato di avanzamento dei processi relativi ai *notable cases* (http://notablecases.vaed.uscourts.gov/1:01-cr-00455/daily_updates/todays.html)

²⁶ US District Court for the Central District of California, *Coalition of Clergy and others v. G.W. Bush and others*, case n. CV 02-570 AHM, 20 gennaio 2002; US District Court for the District of Columbia, *Shafik Rasul – Skina Bibi and others v. G.W. Bush*, civil action n. 02-299 CKK, 19 febbraio 2002.

law” (cioè ad un processo “giusto”), ad essere informati della natura e del fondamento delle accuse mosse a loro carico, a fruire dell’assistenza di un legale. I ricorrenti sollecitavano, pertanto, l’emissione da parte del giudice adito, del *writ of habeas corpus*.

In entrambi i casi la domanda è stata rigettata²⁷. Le corti distrettuali, infatti, hanno ravvisato (conformandosi ad un precedente della Corte Suprema del 1950) l’esistenza di una norma di *common law* che esclude che la garanzia dell’art 1 sez. 9 della Costituzione si estenda *fuori del territorio* sul quale grava la sovranità degli Stati Uniti²⁸. Ai ricorrenti non è bastato opporre che la base di *Guantanamo* è - di fatto - soggetta alla piena sovranità degli Stati Uniti²⁹.

La collocazione a Cuba dei detenuti reputati più pericolosi risponde, dunque, a chiare ragioni di opportunità: la formale extraterritorialità del luogo di detenzione consentirebbe all’Amministrazione, sotto il profilo del diritto interno statunitense, di detenere chiunque *sine die e sine iudicio*, e per giunta senza difesa.

Sotto il profilo del diritto internazionale, la condizione dei detenuti di *Guantanamo* presenta profili di dubbia legittimità.

I detenuti di *Guantanamo* sono di eterogenea estrazione: taluni facevano parte dell’esercito regolare afgano, altri provengono da organizzazioni ritenute terroristiche (*Al Qaeda*, anzitutto). Queste ultime, benché siano insuscettibili di essere inquadrare nella nozione di esercito regolare, mantenevano con il governo dei Talebani profondi legami ideologici, logistici, militari.

²⁷ Il rigetto della prima *petition* è avvenuto con *order* del febbraio 2002 (US District Court for the Central District of California, *order dismissing petition for writ of habeas corpus and first amended petition for writ of habeas corpus*); Il rigetto della seconda *petition* è avvenuto con *order* del 31 luglio 2002 (US District Court for the District of Columbia, *Memorandum Opinion and Order*). Il testo di entrambi i provvedimenti è disponibile in <http://news.findlaw.com>.

²⁸ Particolarmente importanti, a questo proposito, sono le considerazioni contenute nella menzionata *Memorandum Opinion* della *US District Court for the District of Columbia* (30 luglio 2002, pp. 22 ss.). Vi si afferma che già la sentenza della Suprema Corte nel caso *Johnson v. Eisentrager* del 1950 (339 U.S. 763) lega l’operatività del *writ of habeas corpus* al solo territorio sovrano degli Stati Uniti. In *Johnson v. Eisentrager* i supremi giudici hanno rigettato la *petition for writ of habeas corpus* proposta da un gruppo di 21 tedeschi, processati in Cina da una *military commission* americana per crimini di guerra, con l’accusa di aver continuato a collaborare militarmente con il Giappone dopo la resa della Germania (cfr. COLE, *Enemy aliens*, *Stanford Law Review*, 54, 2002, 984, secondo cui i principi di *common law* valorizzati in *Johnson v. Eisentrager* si applicano solo al caso di guerra dichiarata, ciò che non si sarebbe verificato nel caso della guerra afghanistana e di quella contro il terrorismo; di conseguenza, i detenuti di *Guantanamo* dovrebbero essere ammessi alla concessione del *writ of habeas corpus*). Per un diverso orientamento v. la decisione del ’46 della stessa Corte nel già citato caso *Yamashita* (327 U.S., 1), generale giapponese giudicato nelle Filippine da una corte marziale statunitense, laddove implicitamente si è ammesso, cioè entrando nel merito di diritti fondamentali, che l’imputato giudicato dagli USA all’estero non sfuggisse alla copertura costituzionale.

²⁹ Cfr. MURPHY S. D., *Ability of detainees in Cuba to obtain federal habeas corpus review*, in *American Journal of International Law*, vol. 96, n. 2, 2002, 484. L’A. rileva che, con il *lease agreement* concluso tra gli Usa e la Repubblica di Cuba nel 1903, mentre gli Stati Uniti riconoscono la sovranità di Cuba sul territorio della base, la Repubblica di Cuba si obbliga a rinunciare all’esercizio della giurisdizione sull’area per tutta la durata del rapporto di affitto.

L'Esecutivo statunitense ha costantemente definito i detenuti di *Guantanamo* "combattenti illegittimi", rifiutandosi di riconoscere loro lo *status* di "prigionieri di guerra" (POW) con i conseguenti diritti e tutele previsti dalla Terza Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949³⁰. Ma l'art. 4 di questo trattato stabilisce che lo *status* di *prisoner of war* deve essere riconosciuto: ai membri delle Forze Armate di una parte in conflitto, *in ogni caso*; ai membri delle altre milizie e degli altri corpi di volontari (che la norma definisce "gruppi di resistenza organizzati"), *qualora concorrano certe condizioni* e, precisamente, allorché (1) abbiano alla loro testa un comandante responsabile dei propri subordinati, (2) portino un segno distintivo fisso riconoscibile a distanza, (3) portino apertamente le armi, (4) si attengano, nelle loro operazioni, alle leggi e agli usi di guerra.

Secondo la disciplina della Convenzione di Ginevra, dunque, coloro che, militando nell'esercito talebano, furono catturati sul campo di battaglia, devono essere riconosciuti prigionieri di guerra³¹.

Con riferimento a quanti, invece, sono accusati di appartenere ad *Al Qaeda*, si impone un'ulteriore distinzione.

In primo luogo, a coloro che non presero direttamente parte al conflitto afgano va certamente negato lo *status* di prigionieri di guerra.

In secondo luogo, i detenuti che combatterono a fianco dell'esercito regolare talebano sono da ritenere comunque membri delle FF.AA. afgane, purché, di fatto, fossero sprovvisti di autonomia operativa ed eseguissero gli ordini dei comandi militari regolari (art. 4.2 Conv. Ginevra cit.). Qualora, al contrario, operassero nell'ambito di cellule indipendenti, devono essere

³⁰ Questa scelta non ha mancato di suscitare reazioni negative: v. SONNETT N. R., COOKE J. S., FIDELL E. R., KRIEGER A. J., SALTZBURG S. A. SPAULDING S. E. - American Bar Association Task Force On Treatment Of Enemy Combatants, *Preliminary report*, in www.nimj.com, 8 agosto 2002, 14-15, 24; LEWIS A., *Captives and the law*, The New York Times, 26 gennaio 2002; KRISTOF N. D., *Let them be POWs*, The New York Times, 29 gennaio 2002; GORDON MEEK J., *Experts debate status of detainees-Are Al-Qaida, Taliban unlawful belligerents or prisoners of war?*, Los Angeles Daily Journal, 23 gennaio 2002. L'atteggiamento degli Stati Uniti nei confronti dei detenuti di *Guantanamo* ha sollevato aspre critiche: è stato affermato (FITZPATRICK J., *Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism*, in *American Journal of International Law*, Vol. 96, n. 2, 2002, 353; MUNDIS D. A., *The use of military commissions to prosecute individuals accused of terrorists acts*, in *American Journal of International Law*, Vol. 96, n. 2, 2002, 328; SCHWARTZ H., *Il trattamento giuridico dei terroristi internazionali da parte degli Stati Uniti*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/giustiziainternazionale/schwartz.html>) che la condotta degli USA, nella gestione dei prigionieri di *Guantanamo*, contravviene al diritto internazionale. Inoltre, si è messo in luce (MATHESON M. J., *Remarks*, in *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, n. 2, 1987, 425-426; FITZPATRICK J., *Jurisdiction of military commissions*, cit., 353), ben prima che si ponesse il problema del trattamento dei detenuti di *Guantanamo*, che non compete all'Esecutivo concedere o negare lo *status* di prigioniero di guerra.

³¹ Questa tesi è sostenuta con forza da GOLDMAN R. K., TITTEMORE B.D., *Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: their status and rights under international humanitarian and human rights law*, in www.nimj.org, dicembre 2002, 22.

riconosciuti “gruppi di resistenza organizzati” e – di conseguenza – gli interessati sono ammessi allo *status* di prigionieri di guerra solo ove ricorrano le specifiche condizioni previste dall’art. 4 come sopra menzionate.

Comunque, qui interessa rilevare che lo *status* giuridico dei detenuti di *Guantanamo* non può essere definito *a priori* in modo generalizzato, ma al contrario deve essere determinato caso per caso con relativo accertamento. E’ chiaro però che, se si nega o comunque si impedisce l’accesso ad un’autorità competente per questo accertamento, allora è facile sfuggire al dettato del diritto internazionale. Infatti l’Amministrazione statunitense disattende l’art. 5 della Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra, laddove è disposto che: il potere di accertare se un prigioniero sia stato legittimo combattente alla stregua del diritto internazionale spetta in via esclusiva all’autorità giudiziaria; ogni Stato contraente deve, attraverso i propri strumenti legislativi, fissare i criteri per l’individuazione del giudice competente. Eppure, per quanto riguarda l’ordinamento federale statunitense, una *army regulation*³², emanata il primo ottobre 1997 dal Dipartimento alla Difesa, dispone che il potere di determinare lo *status* dei detenuti spetta ad un tribunale militare composto da tre ufficiali.

E’ in definitiva priva di ogni fondamento, alla stregua sia del diritto internazionale che del diritto interno, la pretesa dell’Esecutivo di sfuggire al controllo giudiziario³³. Peraltro, la questione si proporrà davanti alle commissini militari.

I diritti e le tutele afferenti lo *status* di prigionieri di guerra sono (sarebbero) notevoli. In primo luogo, l’art. 118 della Convenzione di Ginevra dispone che il prigioniero di guerra deve essere rimpatriato al termine delle ostilità. Si spiega, in parte, la fermezza dell’Amministrazione nel negare ai detenuti tale *status*: una volta riconosciuto lo si imporrebbe immediatamente il

³² Army Regulation 190-8, *Enemy prisoners of war, retained personnel, civilian internees and other detainees*, Headquarters Departments of the Army, the Navy, the Air Force and the Marine Corps, Washington D.C., 1 October 1997, sections 1-6.

³³ Questa pretesa contrasta con la prassi finora seguita dagli stessi Stati Uniti: v. LACEY M. – BILL. B. (a cura di), *U.S. military Judge Advocate General Operational Law Handbook*, Charlottesville, International Law And Operational Law Department, Judge Advocate General’s School, cap. 5 p. 7. Questi Autori osservano che durante la guerra del Vietnam e quella del Golfo sono stati regolarmente istituiti tribunali deputati ad accertare la sussistenza dei requisiti previsti dalla Convenzione di Ginevra onde attribuire ai detenuti lo *status* di *POWs*, mentre nei casi di Panama e Grenada non ce n’è stato bisogno perché i prigionieri sono stati rimpatriati il prima possibile.

rimpatrio, o quanto meno il problema si sposterebbe sull'avvenuta cessazione delle ostilità.

Inoltre, la Convenzione di Ginevra non consente, nel caso di specie, l'uso di commissioni militari. L'art. 102, infatti, esige che il prigioniero di guerra venga giudicato dalle *stesse corti* ed in ottemperanza alla *stessa procedura* che si seguirebbe allorché lo stesso fatto fosse commesso da un membro delle Forze Armate della potenza detentrica. In particolare, dato che il diritto penale militare ordinario degli Stati Uniti non conosce il reato di terrorismo, il militare americano che ne fosse accusato verrebbe processato da una corte distrettuale, in base al diritto penale comune. Pare dunque logico che, ove fosse riconosciuto lo *status* di prigionieri di guerra ai detenuti di *Guantanamo*, la giurisdizione delle commissioni militari dovrebbe essere sostituita da quella delle corti distrettuali.

In ultima analisi, applicare le tutele delle Convenzioni di Ginevra significherebbe rinunciare integralmente ai *nuovi* principi di fondo cui si informa nell'ordinamento statunitense la repressione giudiziaria del terrorismo internazionale.

Ciò posto, muoviamo ora dal rifiuto dell'Amministrazione americana di riconoscere ai detenuti di *Guantanamo* lo *status* di prigionieri di guerra, ai quali è invece attribuita la qualifica di combattenti illegittimi, e chiediamoci quale sia il trattamento spettante ai combattenti illegittimi, appunto (ammessa e non concessa la qualifica).

Storicamente, i combattenti illegittimi sono sottratti alla possibilità di fruire delle più elementari tutele. Secondo il diritto internazionale consuetudinario tradizionale, possono essere condannati (di solito alla pena capitale) dopo un processo sommario³⁴. Dall'esperienza giudiziale successiva alla Seconda Guerra Mondiale è emerso che il fatto di avere messo a morte un combattente illegittimo non espone l'autore a responsabilità penale³⁵.

Tuttavia, si vorrebbe che in tempi più recenti la coscienza giuridica di tutti i popoli abbia espresso l'idea che nessuno possa subire sanzioni penali (*in primis* la pena capitale) senza un processo o, che è lo stesso, in base ad un accertamento giudiziario meramente simbolico. La cennata costruzione di diritto

³⁴ CANSACCHI G., *Combattenti legittimi*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 724.

internazionale consuetudinario, che tradizionalmente nega ogni tutela ai combattenti illegittimi, potrebbe essere considerata non più attuale (a parte rimangono più generali rilievi sulle difficoltà di ricognizione del precipitato penalistico del diritto internazionale³⁶). Ciò discenderebbe, più precisamente, anzitutto dall'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo adottata nel 1948, testo che peraltro non è da sé vincolante. Vi è stabilito, in sostanza, che ogni individuo ha facoltà di agire in giudizio per la tutela dei diritti che gli sono riconosciuti dalla Costituzione o dalla legge. L'art. 9 aggiunge che nessuno può essere sottoposto ad arresto, detenzione od esilio arbitrari. In secondo luogo ha rilievo l'art. 75 del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, adottato a Ginevra l'8 giugno 1977, che stabilisce che gli individui che non siano titolati a godere del più favorevole trattamento riservato ai prigionieri di guerra devono comunque “essere trattati umanamente in ogni circostanza”; essi devono essere ammessi a beneficiare di alcune fondamentali garanzie processuali, tra cui il diritto ad essere informati dell'accusa, di godere della presunzione di innocenza, di essere presenti al processo, di poter chiamare a deporre testimoni a discarico e di esaminare direttamente quelli a carico.

Peraltro, gli Stati Uniti hanno firmato il Protocollo il 12 dicembre 1977 ma non l'hanno ancora ratificato. Ne consegue, secondo gli Stati Uniti, che ai combattenti illegittimi di *Guantanamo* non è dovuto il trattamento previsto dalla normativa convenzionale. Tuttavia, l'elevato numero di ratifiche raccolto dal Protocollo è un attendibile indicatore del percorso evolutivo seguito dalla prassi internazionale sul trattamento dei combattenti illegittimi.

Si potrebbe quindi riconoscere una norma tendente ad escludere che i combattenti illegittimi possano essere sottratti ad ogni forma di tutela. Qualora abbiano commesso *determinati crimini di guerra*, possono essere processati da *military commissions*, in conformità ad una prassi internazionale che ha profonde radici storiche. I crimini di terrorismo che non sono crimini di guerra spettano alla cognizione del giudice ordinario.

³⁵ Per una recente panoramica applicata al caso nostro v. CASEY L. A. - RIVKIN D.B. - BARTRAM D.R., *Unlawful Belligerency and its Implications under International Law*, in <http://www.fed-soc.org/Publications/Terrorism/unlawfulcombatants.htm>, febbraio 2002.

³⁶ V., per tutti, PARISI N., *Problemi attuali del diritto internazionale penale*, in RIONDATO S. (a cura di), *Diritto e Forze Armate. Nuovi impegni*, Padova, Cedam, 2001, 189.

In dottrina si è, inoltre, affermato che anche ai combattenti illegittimi debbono essere riconosciuti i diritti previsti dall'*International Covenant on Civil and Political Rights* (Patto internazionale sui diritti civili e politici – Nazioni Unite, 16 dicembre 1966 -, che gli Stati Uniti hanno ratificato nel 1992). Rileverebbero, per esempio, il diritto di non essere sottoposti a misure restrittive della libertà personale se non nei casi previsti dalla legge, il diritto di contestare il giudizio la legittimità di ogni misura restrittiva, il diritto di essere informati della natura dell'accusa formulata a proprio carico³⁷.

Su tutte queste basi trova, nel caso, apprezzabile fondamento un certo standard minimo internazionale³⁸ di tutela. Ma ancora una volta il diritto statunitense prefigura percorsi non coincidenti col diritto internazionale. Se ammettessimo che talvolta i fatti illeciti parlano da soli riguardo alla loro illiceità, allora i fatti di *Guantanamo* sarebbero da ritenersi tra i più loquaci.

6) *Evoluzione della “war on terrorism”. Prospettive future.*

A sedici mesi dal *Nine-Eleven* e ad un anno dalle prime deportazioni a *Guantanamo*, la *war on terrorism* ha imboccato la strada del confronto strenuo, privo di regole certe. L'Amministrazione americana si è dimostrata propensa a sacrificare, in nome della sicurezza, non solo gli elementari *standards* garantistici cristallizzati nel diritto internazionale consuetudinario e le stesse regole del diritto federale interno, ma anche i principi che informavano la *war on terrorism* dei primi mesi. Invero, l'*executive order* del 13 novembre 2001 poneva in buona sostanza un solo limite alla discrezionalità del Presidente nell'individuare i soggetti destinatari della disciplina speciale: erano categoricamente escluse le persone munite di cittadinanza statunitense, come si è detto. Questo vincolo tuttavia è caduto, almeno di fatto. E' interessante osservare che la crisi del discrimine (fino a pochi mesi fa ritenuto assiomatico) non è stata conseguenza di una modifica, attraverso un atto normativo ufficiale, della disciplina introdotta con il provvedimento presidenziale del 13 novembre 2001 e con il regolamento del Segretario alla Difesa del 21 marzo 2002. Ad oggi, tale disciplina è integralmente vigente, almeno dal punto di vista formale, ed è stata applicata fino al menzionato caso di John Walker Lindh. Lindh non è

³⁷ GOLDMAN R. K., TITTEMORE B.D., *op. cit.*, 44 ss.

però stato l'unico cittadino statunitense a combattere a fianco dei Talebani. Almeno un altro cittadino americano è stato catturato in circostanze pressoché identiche: Yaser Hamdi.

Orbene, Hamdi, come Lindh, è stato fatto prigioniero sul campo di battaglia in Afghanistan, ma, paradossalmente, pare destinato ad una sanzione ben più grave. In un primo tempo, egli è stato internato a *Guantanamo*, sotto l'autorità del Segretario alla Difesa (e sotto i rigori della disciplina speciale). Dopo aver scoperto che Hamdi è nato negli Stati Uniti e non ha mai rinunciato al suo *status* di cittadino, l'Amministrazione ne ha disposto il trasferimento nella base militare di Norfolk, in Virginia, sempre sotto la potestà regolamentare del Dipartimento alla Difesa³⁹.

Vi è, inoltre, un terzo *american citizen* – Jose Padilla - che, in deroga ai principi che regolano i rapporti tra diritto penale comune e disciplina speciale, subisce un trattamento che – a rigore – dovrebbe essere riservato agli stranieri: arrestato a Chicago l'8 maggio 2002 e posto sotto l'autorità del Ministero della Giustizia, è stato detenuto sul territorio degli U.S.A per circa un mese, secondo il diritto penale comune, ma poi una *certification* del 9 giugno 2002⁴⁰ del Presidente degli Stati Uniti ha ordinato che Padilla fosse assoggettato alla disciplina speciale, detenuto sotto l'autorità del Segretario alla Difesa e, in proiezione, sottoposto alla giurisdizione delle *military commissions* (anziché delle *district courts*)⁴¹.

L'*American Bar Association* è insorta, chiedendo che l'Amministrazione illustrasse pubblicamente il fondamento giuridico del trattamento applicato ad Hamdi e Padilla, di fatto equiparato ai non-cittadini⁴². La stessa Commissione sulle Forze Armate del Senato, con una lettera (5 settembre 2002) inviata al Dipartimento alla Difesa ed al Dipartimento alla Giustizia, ha sollecitato spiegazioni.

Il trattamento cui sono sottoposti Hamdi e Padilla discende dalla particolare qualificazione giuridica del loro *status*. In entrambi i casi, infatti,

³⁸ SAULLE M.R., *Norme standard e diritti umani nelle Nazioni Unite*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, 10 s.

³⁹ Mutuo le notizie da SONNETT N. R., COOKE J. S., FIDELL E. R., KRIEGER A. J., SALTZBURG S. A. SPAULDING S. E., *Op. cit.*, 3, nota 1.

⁴⁰ Il testo del provvedimento è disponibile in www.find.law.com.

⁴¹ AMERICAN BAR ASSOCIATION–TASK FORCE ON TREATMENT OF ENEMY COMBATANTS, *Preliminary report*, cit., 3, nota 2.

⁴² *Ibidem*, 20-21.

l'Amministrazione li considera "*enemy combatants*" ("nemici belligeranti"). La posizione dell'Esecutivo, delineata nelle risposte⁴³, si articola in più punti:

- il Presidente, quale comandante in capo delle FF.AA., ha il potere di detenere coloro che, militando nella fila avversarie, vengano catturati dagli Stati Uniti, anche qualora siano muniti di cittadinanza statunitense;
- questa prerogativa presidenziale trova fondamento nella lettera dell'art. 2 della Costituzione federale e costituisce una delle più tipiche espressioni dei *war powers*. Inoltre, nel caso della "guerra al terrorismo", i poteri del Presidente sono ulteriormente corroborati dal Congresso che, nella *joint resolution* del 18 settembre 2001, lo ha autorizzato ad usare "*all necessary and appropriate force*";
- non è esatto affermare che il cittadino statunitense qualificato "*enemy combatant*" dall'Esecutivo non goda della garanzia del controllo giudiziario sulla legittimità della carcerazione *ante-iudicium*: semplicemente, la giurisprudenza ha acclarato che il *citizen-enemy combatant* non è ammesso a fruire del *writ of habeas corpus*⁴⁴;
- la durata della detenzione cui soggiacciono gli *enemy combatants* non è indefinita, giacché la Terza Convenzione di Ginevra impone di rimpatriare i combattenti catturati al termine delle ostilità⁴⁵.

Gli argomenti di diritto su cui poggiano le tesi dell'Amministrazione non sono del tutto privi di consistenza. La stessa giurisprudenza, in una recente pronuncia⁴⁶, ha rigettato il ricorso di Hamdi diretto ad ottenere la revoca della custodia in carcere *by writ of habeas corpus*, ritenendo legittima, in tempo di guerra, la carcerazione degli *enemy combatants* anche se cittadini.

⁴³ Le lettere di risposta del Dipartimento alla Difesa (del 23 settembre, all'ABA, del 26 novembre, alla Commissione del Senato sulle FF.AA.) sono a firma di William J. Hanes, *General Counsel* del Dipartimento alla Difesa. La lettera di risposta inviata dal Dipartimento alla Giustizia alla Commissione del Senato sulle FF.AA. è a firma di Daniel J. Bryant, *Assistant Attorney General*. Tutto il carteggio è consultabile in www.nimj.org.

⁴⁴ V. la pronuncia in appello emessa dal 4th Circuit (Hamdi v. Rumsfeld, 296 F.3d 281, del 2002, in www.nimj.org). Questo orientamento giurisprudenziale è di segno nettamente contrario rispetto alla posizione assunta dall'American Bar Association (ABA TASK FORCE ON THE TERRORISM AND THE LAW, *Report and recommendations on military commissions*, in www.nimj.org, 4 gennaio 2002, 15-17), che evidenzia che la tutela *by writ of habeas corpus* è dovuta ai cittadini e, per gli stranieri, a quanti sono detenuti sul territorio degli Stati Uniti, (e auspica che venga estesa ad ogni imputato processato da commissioni militari).

⁴⁵ Nella pratica, il dettato della III Convenzione di Ginevra rischia di rimanere lettera morta: atteso che la durata della "guerra al terrorismo" è tutt'altro che prevedibile (potendo protrarsi per anni), gli U.S.A. potranno rinviare *sine die* sia il rimpatrio degli *enemy combatants* sia gli eventuali processi per terrorismo internazionale.

⁴⁶ 4th Circuit, n. 02-7338, 8 gennaio 2003 (JACKMAN T., *Judges uphold U.S. detention of Hamdi*, Washington Post, 9 gennaio 2003).

Il fatto che sussistano argomenti giuridici a favore della assoggettabilità alla disciplina speciale antiterrorismo anche dei cittadini statunitensi fa sospettare che l'esclusione dei *citizens* dalla disciplina emergenziale, solennemente sancita dall'*executive order* del 13 novembre, fosse fin dall'inizio concepita come un limite più apparente che reale, ad onta della messe di critiche concernenti la discriminazione dello straniero. Rimangono, peraltro, difficilmente giustificabili, sotto il profilo della assiologia giuridica, le ragioni che hanno indotto l'Esecutivo (cui è istituzionalmente legata la pubblica accusa) a tollerare una così vistosa disparità di trattamento tra Lindh ed i suoi concittadini Hamdi e Padilla.

Questi casi giudiziari stanno animando accesi dibattiti nel mondo accademico e tra i pratici del diritto statunitensi. Decine di docenti universitari si erano costituiti in giudizio, tra gli *amici curiae in support of appellees*, a fianco di Hamdi⁴⁷; ad essi si contrapponevano (soltanto) sette *amici curiae in support of appellants*, a sostegno dell'Esecutivo. Il dissidio è ben lungi dall'essere composto: più che mai ora che l'esclusione dei *cives*, unico limite all'incontrollata discrezionalità dell'Amministrazione nell'applicazione del nuovo diritto penale, è stata ridotta ad incolore clausola di stile.

7) Conclusioni (“europee”).

Incerte appaiono le vie future della lotta statunitense al terrorismo. Una sicura vittima dell'esercizio dei pieni poteri reclamati dall'Esecutivo è stata la certezza del diritto, sì che, ad oggi, non è dato sapere chi cadrà sotto i rigori della disciplina emergenziale. Inoltre si può affermare che la repressione del terrorismo mette a dura prova il funzionamento dei tradizionali *checks and balances* che permeano l'architettura costituzionale statunitense, primo fra tutti il controllo del Congresso sull'attività del Governo⁴⁸. Non è dato sapere se gli

⁴⁷ L'elenco degli *amici curiae* costituitisi per Hamdi è tanto lungo da occupare le prime sette pagine della pronuncia già menzionata in nota 46 (4th Circuit, n. 02-7338, 8 gennaio 2003), con cui la corte d'appello del quarto circolo rigetta il ricorso, proposto da Hamdi, diretto ad ottenere l'emissione del *writ of habeas corpus*.

⁴⁸ Lo spazio di manovra dell'Esecutivo sembra destinato a dilatarsi. In particolare, l'Amministrazione (secondo un *report* del *Defense Science Board* che verrà presentato nelle prossime settimane al Segretario alla Difesa Rumsfeld e al capo della CIA Tenet: v. GATTI C., *Usa, contro al-Qaida guerra a tutto campo*, Il Sole 24 Ore, 8 gennaio 2003, 10) sembra propendere per un largo uso di azioni “sotto copertura”: eliminazione mirata, da parte dell'*intelligence*, dei sospetti terroristi, anche senza l'assenso dello Stato sovrano in cui si trovano. Se questa proposta verrà recepita, non occorrerà, a questo scopo, alcuna autorizzazione ufficiale del Presidente: la fisiologia di queste operazioni richiederà, al contrario, la massima segretezza ed, eventualmente, la diffusione di false notizie da parte dell'Esecutivo.

Stati Uniti, per vincere la sfida della sicurezza, riusciranno a mantenersi fedeli al proprio assetto istituzionale; se i valori costituzionali (e costitutivi) della *societas* americana usciranno indenni dalla *war on terrorism*. Non pare, al momento.

L'inquadramento anche giuridico delle vicende "afgane" e correlate (per così dire), prescelto da parte dominante, quella statunitense, corrisponde in buona sostanza all'identificazione delle ragioni degli USA con quelle generali della comunità internazionale, e viceversa. Non deve quindi sorprendere che il diritto statunitense anche penale risulti in buona sostanza imposto come (come se fosse) diritto universale, quindi al posto del diritto internazionale anche penale. Chi è sovrano fa il diritto, e la sua operazione di polizia dà adito al suo processo secondo il suo diritto penale. Questo è in fondo il punto di vista dell'Amministrazione americana.

In secondo luogo è da notare che trattandosi di diritto sorto in nome dell'emergenza e più esattamente di una "guerra", non vi è da aspettarsi un buon livello di rispetto degli elementari principi di civiltà giuridica, compresa quella penale. Ma l'ordinanza militare penale presidenziale va molto oltre laddove pretende che non siano validi "*the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts*". Il diritto revoca il Diritto. Peraltro si può notare che si tratta di un ordinamento penale rispondente a radici culturali e storiche ben diverse da quelle proprie del nostro diritto italiano e comunque da quelle che sostengono gli ordinamenti penali europeo-continentali ispirati in via tendenzialmente esclusiva, appunto, al metodo di *civil law*. L'apprezzamento delle garanzie va quindi condotto tenendo conto dei diversi presupposti implicati dai sistemi che sono tributari (in tutto o in parte) del *common law*, diritto che rimane basilare. Sul fronte dei rimedi all'enormità dell'esclusione delle garanzie si deve considerare che la reazione dei giuristi, i quali reggono quelle basi di diritto, ha già prodotto qualche temperamento trasfuso nella disciplina di dettaglio introdotta tramite il menzionato *military order* del Segretario alla Difesa (Rumsfeld) del 21 marzo 2002. Per il resto è sufficiente accennare al profilo concernente la "retroattività" delle nuove disposizioni, le quali si applicano, nella migliore (cioè più favorevole) delle ipotesi, quanto a meno a partire dall'11 settembre 2001 compreso, ma probabilmente investono anche fatti pregressi

(più o meno o niente affatto correlati). Il limite estremo della “retroattività” è segnato dall’art. 15, co. 2, del citato Patto internazionale sui diritti civili e politici, che, in tema di principio internazionale di legalità penale (*nullum crimen sine iure*), ammette la punizione dei condotte che al momento in cui furono commesse costituivano reato secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni (e non pare dubitabile che l’attacco alle Torri costituisca un crimine di diritto internazionale generale).

D’altra parte, poiché rimane la pluralità di ordinamenti, il menzionato Sovrano non essendo ancora riuscito ad imporre integralmente la “sua” globalizzazione penale⁴⁹, non è escluso il conflitto. Tanto è vero che si sono già verificati casi di rifiuti di certi Stati europei⁵⁰ di collaborare alle indagini statunitensi su fatti di terrorismo, in quanto le imputazioni comportavano la pena capitale. E il Parlamento europeo ha messo in chiaro che collaborazioni dell’Unione con gli USA sul fronte anti-terrorismo non possono essere instaurate su presupposti che implichi la revoca dei principi dello Stato di diritto⁵¹.

Vi sono state ulteriori reazioni “europee”. Un’interessante sentenza (11 ottobre 2002) della Camera per i Diritti Umani per la Bosnia e l’Herzegovina⁵² (che opera nel quadro dell’accordo per la pace in quei Paesi), ha già posto certe premesse di diritto europeo non coincidenti con quelle statunitensi, censurando casi di espulsione di pretesi terroristi islamici, espulsioni funzionali alla consegna degli interessati agli Stati Uniti.

⁴⁹ Per un primo approccio ai vari aspetti della globalizzazione in ambito penale v., per tutti, BERNARDI A., *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 485; HOFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001 (*Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt a.M., 1999).

⁵⁰ Si tratta di Germania (FINN P., *Germany reluctant to aid prosecution of Moussaoui*, Washington Post, 11 giugno 2002, 1) Francia (BBC, *France to assist terror suspect*, 12 dicembre 2001, in <http://news.bbc.co.uk>) e Spagna (REID T.R., *Europeans reluctant to send terror suspects to U.S.*, Washington Post, 29 novembre 2001, 23).

⁵¹ *Risoluzione Parlamento Ue 13.12.2001*, B5-0813/2001. Si tratta di una replica alla lettera (16 ottobre 2001) che il Presidente statunitense aveva inviato al Presidente del Consiglio europeo Guy Verhofstadt e al Presidente della Commissione Romano Prodi, un documento nel quale gli Stati Uniti avanzavano 40 richieste di revisione normativa, allo scopo di facilitare gli scambi in materia di estradizione, espulsione, deportazione, segnalazione di individui associati con organizzazioni terroristiche. Per il Parlamento, l’impegno a collaborare con gli Stati Uniti nella lotta al terrorismo si fonda sul pieno rispetto dei principi europei, tenendo conto delle garanzie di tutti gli Stati membri, mentre le norme straordinarie emanate dal presidente Bush sono “incompatibili”. Il Parlamento chiede di essere tenuto costantemente informato e consultato su ogni ipotesi di cooperazione, e che, prima della conclusione di un accordo con gli Stati Uniti, la Corte di giustizia europea si pronunci sulla sua conformità alla legislazione Ue. V., inoltre, per un primo, più ampio approccio alla questione-terrorismo in ambito europeo dopo il *Nine Eleven*: la Proposta di decisione quadro del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo, presentata dalla Commissione il 19 settembre 2001 (GUCE 27.11.2001, C 332E/300); riguardo all’azione del Consiglio, le Conclusioni del Consiglio in Bollettino UE n. 9 e n.10 del 2001; la Dichiarazione ministeriale congiunta dell’Unione europea e degli Stati Uniti sulla lotta contro il terrorismo (Bollettino UE n. 9/2001, punto 1.6.47); la Risoluzione del Parlamento Europeo del 5 settembre 2001, sul ruolo dell’Unione Europea nella lotta contro il terrorismo (A5 0273/2001 in GUCE 21.3.2002, C72E/135).

Meno incisiva è una pronunzia di una Corte britannica, la sentenza "Abbasi"⁵³ emessa dalla *Court of Appeal* su appello proposto contro la *Queen's Bench Division* della *High Court of Justice*. L'appello è stato proposto dalla madre di Feroz Ali Abbasi - cittadino britannico catturato dagli USA in Afghanistan e detenuto a *Guantanamo* – che agiva per obbligare il Regno Unito a significativi comportamenti di difesa del proprio cittadino nei confronti degli USA e in particolare del trattamento riservato ai detenuti di *Guantanamo (Camp X-Ray)*, che violerebbe i trattati internazionali. La Corte ha risposto in buona sostanza di non poter obbligare il Governo in materia riservata ai rapporti diplomatici. Così per certi versi i giudici inglesi, come quelli americani, iniziano a portare non lievi responsabilità nella legittimazione del nuovo diritto emergenziale “liberticida”. Per altri versi tuttavia la decisione londinese costituisce un precedente utilizzabile in senso negativo rispetto al nuovo diritto statunitense, poichè afferma che la detenzione indefinita è contraria al diritto internazionale e ai principi dell’ *habeas corpus*⁵⁴.

⁵² H. Boudellaa and others v. Bosnia and Herzegovina and Federation of Bosnia and Herzegovina, Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, n. ch/02/8679 - ch/02/8689 - ch/02/8690 ch/02/8691, 11 ottobre 2002, rinvenibile nel sito del *National Institute of Military Justice* (<http://www.nimj.com>).

⁵³ Abbasi v. Secretary of State, Court of Appeal (civil division) case n. C/2002/617A, 6 novembre 2002, rinvenibile nel sito del *National Institute of Military Justice* statunitense (<http://www.nimj.com>)

⁵⁴ Sotto questi profili la decisione ha avuto larga eco negli USA e ha suscitato l’interesse dei commentatori (SHERMAN E. F., *The disposition of Afghan war and Al-Qaeda prisoners*, cit., 12).