



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI UDINE

PROVINCIA DI PORDENONE

COMUNE DI PORDENONE

LiMes rivista italiana di geopolitica Historia Gruppo Studi Storici e Sociali LiMes Club Pordenone
Udine con il contributo della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia

Convegno

“Guerra, diritto e relazioni internazionali”

Sabato 4 dicembre 2004. Ore 10.00
PORDENONE, Palazzo Mantica Corso Vittorio Emanuele

SUL DIRITTO PENALE DI GUERRA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA.

LA TORTURA

Silvio Riondato

bozza provvisoria
www.riondato.com

- 1. Terrorismo tra giurisdizione ordinaria e commissioni militari.*
- 2. La tortura*

Note

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 penale di guerra al terrorismo*, tramite vari provvedimenti legislativi innovativi. Nel presente contributo sono presentati soltanto alcuni profili legati all'impiego della tortura, 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 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 introduzione⁶.

La discrezionalità del Presidente incontrava un solo limite, peraltro – in prosieguo di tempo superato dalla prassi⁷: i cittadini americani, infatti, erano *a priori* esclusi dalla giurisdizione delle commissioni militari. Il discrimine permeava 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 maccartiano⁸.

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”⁹. In seguito, il limite della cittadinanza americana è stato travalicato da parte dell’Amministrazione¹⁰.

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 dottrina¹¹ e la giurisprudenza¹² opinano che il potere di 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 *courtsmartial*. 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 due *military orders* del Segretario alla Difesa (Donald Rumsfeld) del 21 marzo¹³ e del 21 giugno 2002 e in nove *military instructions* (regolamenti di attuazione) dell’Avvocato Generale del Dipartimento alla Difesa (William Heynes II), di cui le prime otto emanate il 30 aprile 2003 e la nona il 26 dicembre 2003¹⁴.

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. La tortura

Il 2 maggio 2004 viene pubblicato il c.d. “Taguba report”: documento risalente al febbraio 2004, originariamente riservato, che contiene i risultati di un’indagine amministrativa interna all’esercito statunitense sul trattamento dei prigionieri catturati a seguito della campagna militare in Iraq. L’indagine è limitata all’operato dell’800° brigata di polizia militare e della 205° brigata di intelligence

militare a partire dall'agosto 2003, in relazione agli iracheni detenuti nelle carceri di Abu Ghraib e Camp Bucca.

L'estensore del rapporto, il generale Antonio M. Taguba, conclude affermando che le indagini svolte hanno evidenziato "gravi violazioni del diritto internazionale" – commesse da singoli militari – ed il "fallimento" dei comandanti nell'ottemperare alla disciplina che tutela i prigionieri dagli abusi. Dopo la "diagnosi", il *report* fa nomi e cognomi dei responsabili e sollecita – in apposite "raccomandazioni" – l'adozione di specifici provvedimenti sanzionatori. Tra le raccomandazioni, spicca la richiesta di rimozione del generale Janis L. Karpinski, comandante dell' 800° brigata (che verrà sostituito dal generale Geoffrey D. Miller, già comandante della base militare di Guantanamo).

Nel maggio 2004 i media diffondono materiale fotografico sugli abusi subiti dai detenuti iracheni: la vicenda – ormai di pubblico dominio - acquista risalto mondiale ed i commentatori ipotizzano un coinvolgimento dei massimi livelli dell'amministrazione della difesa. Secondo i quotidiani americani di fine settembre, 7 militari compariranno il 17 gennaio 2005 davanti ad una corte marziale. Tra questi, in particolare, vi è Lynndie England (l'ormai nota soldatessa ritratta dalle foto) su cui gravano 19 capi d'imputazione previsti dal diritto penale militare USA (cioè dallo *Uniform Code of Military Justice*) per complessivi potenziali 38 anni di reclusione militare. L'Esecutivo, costretto dagli eventi, 1) sostituisce il vertice della prigione di Abu Ghraib 2) istituisce una commissione d'inchiesta¹⁵ 3) pubblica, il 22 giugno, circa 300 pagine di documenti originariamente riservati (data di prevista pubblicazione: aprile 2013) che elencano – tra l'altro - le tecniche di interrogatorio approvate dal segretario alla difesa Donald Rumsfeld (e ciò con il dichiarato scopo di dimostrare l'estraneità di Bush alla vicenda). Dal carteggio, infatti, non emerge alcuna diretta responsabilità del presidente.

La vicenda dei prigionieri iracheni si intreccia – a questo punto - con quella dei detenuti di Guantanamo. I documenti "declassificati", infatti, non riguardano le tecniche usate ad Abu Ghraib bensì quelle invalse a Guantanamo (anche se è da ipotizzare, come si vedrà, che i metodi per "far parlare" gli iracheni siano sostanzialmente analoghi).

Fra il materiale di recente pubblicazione, di particolare interesse risulta un memorandum del 16.4.2003, inviato da Rumsfeld al generale comandante del Comando statunitense meridionale, che contiene – come accennato - l'elenco e la descrizione delle tecniche approvate dal segretario alla difesa. Si tratta di metodi di "tortura leggera", che non dovrebbero arrecare danni permanenti. L'elenco non è tassativo: mentre le tecniche previste vengono autorizzate una volta per tutte, rimane possibile sperimentarne altre e più invasive, previa specifica autorizzazione del segretario alla difesa.

Ecco i metodi consentiti:

- 1) *asking straightforward questions*: domande dirette
- 2) *incentive – removal of incentive*: offrire migliori condizioni a chi collabora;
- 3) *emotional love*: "giocare sull'affezione che il detenuto nutre per un individuo od un gruppo";
- 4) *emotional hate*: "giocare sull'odio che il detenuto nutre per un individuo od un gruppo";
- 5) *fear up harsh*: "aumentare significativamente il livello di paura di un detenuto";
- 6) *fear up mild*: "aumentare moderatamente il livello di paura di un detenuto";
- 7) *reduced fear*: "ridurre il livello di paura di un detenuto";

8) *pride and ego up*: “incrementare l’ego di un detenuto”;

9) *pride and ego down*: “attaccare ed insultare l’ego di un detenuto, non oltre i limiti che si applicherebbero ad un POW (avvertimento: l’art. 17 della III Conv. Ginevra stabilisce che i prigionieri di guerra che rifiutano di rispondere non possono essere minacciati, insultati od esposti a qualsivoglia trattamento svantaggioso o sgradevole). Le altre nazioni che ritengono che i detenuti siano titolati (a ricevere) le protezioni (spettanti ai) POWs potrebbero considerare queste tecniche irrispettose delle previsioni di Ginevra. Sebbene le previsioni di Ginevra non siano applicabili all’interrogatorio dei combattenti illegittimi, questi punti di vista dovrebbero essere presi in considerazione prima di applicare la tecnica”).

- *Contraddizione: questa tecnica non può essere utilizzata “non oltre i limiti che si applicherebbero ad un POW, semplicemente perché, come la stessa disposizione rileva, la III Conv. Ginevra vieta tout court questi trattamenti.*

- *Si noti la perfetta coscienza – da parte del segretario alla difesa - della illegittimità, alla stregua del diritto internazionale, di questa tecnica (com’è reso evidente dall’ “avvertimento”, parte integrante della norma).*

10) *futility*: fare leva sul senso di inutilità del detenuto

11) *we know all*: convincere il detenuto che gli interroganti sanno già le risposte.

12) *establish your identity*: convincere il detenuto che l’interrogante lo ha scambiato per un’altra persona;

13) *repetition approach*: ripetere continuamente la stessa domanda;

14) *file and dossier*: far credere al detenuto che l’interrogante è già in possesso di informazioni che lo “incastrano”;

15) *Mutt and Jeff*: “Un team composto da un interrogante amichevole ed uno ostile. L’interrogante ostile potrebbe impiegare la tecnica *pride and ego down*. Avvertimento: altre nazioni che credono che le *POW protections* si applichino ai detenuti potrebbero ritenere questa tecnica in contrasto con l’art. 13 della III Conv. di Ginevra, che dispone che i *POWs* debbono essere protetti dagli atti di intimidazione. Sebbene le previsioni di Ginevra non siano applicabili all’interrogatorio di combattenti illegittimi, questi punti di vista dovrebbero essere presi in considerazione prima di applicare la tecnica”;

16) *rapid fire*: “fare domande in rapida successione senza permettere al detenuto di rispondere”

17) *silence*;

18) *change of scenery up*: “rimuovere il detenuto dalla posizione standard di interrogatorio” (mettere in detenuto in una posizione più comoda);

19) *change of scenery down*: posizione più scomoda;

20) *dietary manipulation*: cambiare la dieta al detenuto, senza privarlo del cibo e senza cagionare effetti dannosi di ordine medico o culturale;

21) *enviromental manipulation*: “alterare le condizioni ambientali per creare moderato disagio (ad esempio, variare la temperatura od introdurre esalazioni sgradevoli. Le condizioni non devono essere tali da nuocere al detenuto. Avvertimento: *in base a casi giudiziari di altri Paesi, alcune nazioni potrebbero ritenere che l’applicazione di questa tecnica in talune circostanze sia inumana. Si consideri questo punto di vista prima di applicarla*”;

22) *sleep adjustment*: regolare i tempi di sonno del detenuto (ad esempio, scambiare il giorno con la notte). Questa tecnica non coincide con la privazione del sonno; 23) *false flag*: “convincere il detenuto che individui di un altro Paese, oltre agli Stati Uniti, lo stanno interrogando”;

24) *isolation*: “isolare il detenuto dagli altri detenuti, rispettando gli standard-base di trattamento”. Avvertimento: per non più di 30 giorni. Alcuni Stati potrebbero ritenere che questa tecnica sia contraria agli artt. 13 (che prevede che il POW sia protetto dagli atti di intimidazione), 14 (che prevede che il POW sia rispettato nella propria persona), 34 (che vieta la coercizione), 126 (che si assicura standard-base di trattamento). “Sebbene la Convenzione di Ginevra non sia applicabile all’interrogatorio dei combattenti illegittimi, si dovrebbe considerare questi punti di vista prima di applicare la tecnica”.

Come è noto, la tradizionale politica dell’amministrazione americana sul trattamento dei *captivi* della “guerra al terrorismo” si è sempre risolta nel rifiuto di riconoscerne – *en bloc* e senza controllo giudiziario – lo status di prigionieri di guerra, prodromico alla concessione delle tutela provviste dalla III Convenzione di Ginevra del 1949.

La linea “dura” tenuta dall’Esecutivo corre – in ultima analisi – su due binari paralleli. Da un lato, infatti, ai detenuti di Guantanamo non si applicano le tutele della Convenzione di Ginevra (perché non sarebbero prigionieri di guerra), dall’altro i medesimi non beneficiano delle garanzie previste dalla Costituzione federale statunitense (perché Guantanamo sarebbe estranea al territorio sovrano degli Stati Uniti).

Contro quest’ultimo assunto – in tre distinte pronunzie del 28 giugno (*Rasul v. Bush, Hamdi v. Rumsfeld, Padilla v. Rumsfeld*) – ha recentemente preso posizione la Corte Suprema federale che, estendendo l’applicazione della Costituzione ai detenuti di Guantanamo, ne ha riconosciuto il diritto di contestare in giudizio (davanti all’ordinario giudice di primo grado) la legittimità della detenzione cui sono sottoposti¹⁶. Quanto allo status dei detenuti (prigionieri di guerra o, come afferma l’amministrazione, “combattenti illegittimi”) l’Esecutivo è recentemente tornato sui propri passi, a ciò costretto sia dal clamore suscitato dalle torture irachene sia dalla posizione garantista assunta dalla Corte Suprema. In particolare, il 7 luglio 2004 il Vice-Segretario alla Difesa Paul Wolfowitz, in un memorandum per il Segretario alla Marina, ordina l’istituzione di un tribunale ad hoc: il *Combatant Status Review Tribunal* (formato da tre ufficiali designati da una *convening authority* a sua volta nominata dal Segretario alla Marina). Inoltre, il provvedimento stabilisce che entro 10 gg. (cioè entro il 17 luglio) ciascun detenuto deve essere informato della sua facoltà di: - chiedere che il Tribunale accerti il suo status (di *POW* o di *unlawful combatant*); - avvalersi di un *personal representative*, mediante il quale accedere alla documentazione in possesso dell’Amministrazione rilevante al fine della determinazione del suo status; - proporre *petition for writ of habeas corpus* all’ordinario giudice federale (conformemente alle recenti pronunzie della Corte Suprema). Un *memorandum for distribution* del 29.7.2004 del Segretario alla Marina, dopo aver precisato che nei gg. 12-14 luglio sono state effettuate tutte le prescritte notifiche, stabilisce le regole processuali cui si informa il giudizio davanti al tribunale di revisione.

E’ prevedibile che dai detenuti di Guantanamo saranno proposti molti ricorsi alle ordinarie *district courts* (onde ottenere la scarcerazione, previo accertamento dell’insussistenza dei presupposti che legittimano la detenzione) e al *Combatant Status Review Tribunal* (al fine di conseguire – previo accertamento dello status di *POW* – standards di trattamento conformi alla III Convenzione di Ginevra).

L'8 novembre è stata decisa, da parte della corte federale del *Columbia District*, la prima *petition for writ of habeas corpus* proposta – dopo le pronunzie del 28 giugno ed i conseguenti provvedimenti dell'Esecutivo – da un detenuto di Guantanamo (Salim Ahmed Hamdan, catturato in Afghanistan, sul finire del 2001). Nell'ordinanza, il giudice¹⁷:

accoglie solo in parte le doglianze di illegittimità della detenzione (affermando che a Guantanamo può essere legittimamente detenuto l'*enemy combatant*, cioè colui che, non avendo osservato le leggi e gli usi di guerra durante le ostilità, non può essere ammesso allo status di POW dopo la cattura¹⁸). Nel caso di specie, giacché lo status del ricorrente non è ancora stato definito dal tribunale competente (il *Combatant Status Review Tribunal*), la corte distrettuale non può (ancora) disporre né la liberazione né il trasferimento in altro luogo di detenzione; -esclude che, fino a quando il tribunale ad hoc non ne riconosca lo status di “combattente nemico”, il ricorrente possa essere processato da una commissione militare (infatti, ex art. 102 Conv. Ginevra e art. art. 18 UCMJ, i *POWs* accusati di crimini di guerra devono essere processati da una corte marziale). Di conseguenza, il giudice ordina che il detenuto venga trasferito dalla sezione di *Camp Delta* riservata ai detenuti in attesa di giudizio (*precommission detention wing*) alle celle “dedicate” ai detenuti “comuni” (a carico dei quali non è stata ancora formulata alcuna formale accusa e che, pertanto, non sanno ancora se e quando verranno processati). In questo senso, si può affermare che la *petition for writ of habeas corpus* è stata “in parte accolta” (cioè è stata riconosciuta l'illegittimità della detenzione del ricorrente nella speciale sezione riservata agli indagati prossimi al giudizio delle commissioni militari); -infine, ha stabilito che, anche nell'ipotesi in cui al ricorrente venga negato – dall'apposito tribunale (militare) - lo status di prigioniero di guerra, questi non può comunque essere processato da una commissione militare fino a quando le regole che ne informano la cognizione non vengano modificate in senso conforme allo *Uniform Code of Military Justice*.

In conclusione, si può affermare che:

- ✓ la vicenda degli abusi sui detenuti di Abu-Ghraib non ha lasciato tracce significative sulla politica di trattamento dei detenuti iracheni (non a caso la commissione d'inchiesta auspica che vengano con chiarezza definiti i criteri di attribuzione dello status di POW – cfr. nota 1). Tuttavia, i militari USA che abbiano commesso reati previsti dal codice penale militare (*Uniform Code of Military Justice*) compariranno davanti ad una corte marziale;
- ✓ la vicenda degli abusi sugli iracheni è legata a doppio filo a quella dei detenuti di Guantanamo. In primo luogo, infatti, è ipotizzabile che le tecniche di interrogatorio di Guantanamo (delle quali molto sappiamo) siano state “esportate” in Iraq: il generale Miller, infatti, già comandante della base cubana, viene incaricato di istruire il personale di Abu Ghraib, preparandolo a condurre gli interrogatori sul modello di Guantanamo (effettivamente Miller si reca a questo scopo in Iraq il 31 agosto 2003)¹⁹. Lo scandalo degli abusi – assieme alle fondamentali recenti pronunzie della Corte Suprema ha fornito l'humus politico per una rivisitazione dell'originario approccio alla questione dello status e del trattamento dei prigionieri di Guantanamo: questi ultimi, infatti, privati dei più elementari diritti per più di due anni e mezzo, possono ora ricorrere ad uno speciale giudice militare (il *Combatant Status Review Tribunal*, per far accertare il proprio status) ed al giudice ordinario (onde ottenere la scarcerazione, se illegittimamente detenuti).

Negli ultimi giorni di novembre 2004 la stampa ha riportato notizie che risalirebbero alla Croce Rossa internazionale, secondo cui gravi e sistematiche torture sarebbero state commesse ai danni dei prigionieri da parte degli statunitensi.

Note

- 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. Si è osservato (MURPHY S. D., *Terrorism ad the concept of "armed attack" in article 51 of the U.N. charter*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 43 n. 1, 2002, 51), che il concetto – internazionalmente rilevante – di "attacco armato" è stato oggetto, nell'ultimo mezzo secolo, di un'impetuosa evoluzione. In particolare, mentre al tempo della seconda guerra mondiale l'attacco armato - in senso proprio - era solo quello proveniente da un Stato che violasse i confini di un altro Stato sovrano, negli anni Ottanta (come riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia sul caso Nicaragua) doveva considerarsi "armed attack" pure l' (indiretto) sostegno militare dato da uno Stato alla guerriglia attiva contro un altro Stato sovrano. Oggi "international rules that preclude a state from responding forcibly to extraordinary threats to its fundamental security interests (...) are destined not to endure".
- 2 V. anche RIONDATO S., *Profili del diritto penale di guerra statunitense contro il terrorismo (dopo il Nine-Eleven)*, in www.riondato.com. Il dott. Marco Rebecca che ha collaborato alla preparazione del presente scritto, 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) . Dello stesso A., v. inoltre, *Intelligence e controllo delle comunicazioni telematiche nella legislazione statunitense antiterrorismo*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, 1292; Id., *Diritti dei prigionieri di Guantanamo: revirement favorevole delle Corti USA*, *ivi*, 2004, 644.
- 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*, in *International Legal Materials*, vol. 41, 2002, 252 ss. e, inoltre, in versione annotata, in NATIONAL INSTITUTE OF MILITARY JUSTICE, *Procedures for trials by military commissions of certain non-United States citizens in the war against terrorism*, Washington, LexisNexis, 2002, 94 ss.
- 5 Sul punto, basti 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".
- 6 Sul punto, in senso critico, AMANN D. M., *Le leggi americane contro il terrorismo*, in *Critica del Diritto*, n. 1, 2003, 31-33-34.
- 7 Malgrado l'*executive order* del 13 novembre escludesse i cittadini americani dall'applicazione di nuovo diritto penale di guerra, è poi invalso l'uso di sottoporre alla giurisdizione militare delle commissioni anche gli *american citizens*, purché previamente designati dallo stesso Presidente attraverso apposita *certification*. Non è affatto pacifico che al Presidente spetti un tale potere: al fine placare le proteste (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, 20-21) si è cercato di dare "copertura legislativa" a questo potere presidenziale attraverso una proposta di legge ("*Detention of enemy combatants act*", H.R. 1029, disponibile sul sito del Congresso <http://thomas.loc.gov>) depositata alla Camera dei rappresentanti il 27 febbraio 2003.
- 8 V. la ricognizione aspramente critica di COLE D., *Enemy Aliens*, in *Stanford Law Review*, vol. 54, 5, 2002, 953.
- 9 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”.

- 10 RIONDATO, *Profili*, cit.
- 11 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; e, soprattutto BORCH F. L. III, Why military commissions are the proper forum and why terrorists will have “full and fair” trials: a rebuttal to military commissions: trying American Justice, in *The Army Lawyer*, novembre 2003, 10; contra: BARRY K. J. Editorial Comment: why military commissions are the proper forum and why terrorists will have “full and fair” trials, in *The Army Lawyer*, novembre 2003, 17; BARRY K. J., Military commissions: trying American Justice, in *The Army Lawyer*, novembre 2003, 1. Ancora, critica è la posizione di Eugene FIDELL, riportata in MINTZ J., Both sides say tribunals will be fair trials, in *Washington Post*, 23 maggio 2003.
- 12 Supreme Court, Application of Yamashita, 327 U.S. 1 (1946).
- 13 Consultabile in AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *U.S. DoD: Military Commission Order No. 1*, in *International Legal Materials*, vol. 41, 2002, 725 ss., con puntuali *annotations* in NATIONAL INSTITUTE OF MILITARY JUSTICE, *Procedures for trials by military commissions*, cit., 1 ss., oltre che, infine, 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.org) che auspica la pubblicazione di un *public comment*, una sorta di interpretazione autentica delle regole processuali del 21 marzo. Lo stesso Eugene Fidell è tra i curatori di un puntuale commentario al *military order* del 21 marzo 2002 (NATIONAL INSTITUTE OF MILITARY JUSTICE, *Procedures for trials by military commissions*, cit.)
- 14 Tutte le “istruzioni militari” sono disponibili sul sito del *National Institute of Military Justice* (www.nimj.org) e, in traduzione italiana, in BONINI C., *Guantanamo*, Torino, Einaudi, 2004, 169 ss; per uno sguardo d’insieme sul nuovo diritto penale di guerra v. LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, *Trials under military order. A briefing paper*, New York, giugno 2003, in www.lchr.org. Il 20 aprile 2004 il Dipartimento alla Difesa ha annunciato di aver apportato qualche modifica (definita “di poco conto”) alle *instructions* n. 3, 4 e 6 (v. DEPARTMENT OF DEFENSE, *News release*, in www.defenselink.mil, 20 aprile 2004). Il 10 febbraio 2004 il Segretario alla Difesa ha emanato una *directive* che definisce esattamente il *modus operandi* dell’autorità nominante (“appointing authority”), cui compete la designazione degli ufficiali che compongono le commissioni militari. Con il *military commission order n. 1* del 21 giugno 2003 Rumsfeld ha nominato *appointing authority* il Vice-Segretario alla Difesa Paul D. Wolfowitz, poi sostituito (con il *military commission order n. 5* del 15 marzo 2004) da John D. Altenburg.
- 15 Precisamente, il segretario alla difesa Rumsfeld istituisce un *Independent Panel To Review DOD Detention Operations* le cui conclusioni sono oggetto di un apposito *report* consegnato il 24 agosto 2004 e subito pubblicato. Dalla relazione risulta che, malgrado non vi sia prova che gli abusi siano stati “programmati” a livello istituzionale, emergono comunque responsabilità personali ed istituzionali ad alto livello (p. 5); inoltre, la commissione lamenta di non aver avuto pieno accesso alle informazioni necessarie a chiarire il ruolo della CIA negli abusi (p. 6). Dopo una lunga diagnosi (che riporta fatti peraltro largamente noti), la relazione si chiude con una serie di laconiche “raccomandazioni”. Per esemplificare, si sollecita l’Esecutivo: -ad incrementare il numero degli “specialisti” addetti agli interrogatori, ferma restando la necessità di continuare a servirsi dei “contractors” (racc. 3, p. 90); -a promuovere corsi di “etica professionale” per gli interrogatori (racc. 7, p. 91); -a “ridefinire il suo approccio al diritto internazionale umanitario consuetudinario e pattizio, che deve essere adattato alla reale natura del conflitto nel 21° secolo. Nel fare ciò gli Stati Uniti potrebbero mettere l’accento sullo standard di reciprocità” (racc. 9, p. 91): quindi, sembra che il metodo possa variare in funzione del grado di civiltà (presunta) dell’avversario; -a definire i criteri che presidono alla concessione dello status di prigioniero di guerra in conformità “alla giurisprudenza statunitense, alla dottrina militare e all’interpretazione statunitense delle Convenzioni di Ginevra” (racc. 1, p. 89).
- 16 La legittimità della detenzione viene contestata mediante *petition for writ of habeas corpus*. L’ 8 luglio 2004 la Corte d’Appello per il nono circolo ha stabilito che competente a conoscere di tali ricorsi è solo la *US District Court For The District Of Columbia* (con sede a Washington).

- 17 La *federal district court* è un tribunale monocratico.
- 18 In questo senso già la Corte Suprema, in *Hamdi v. Rumsfeld*, 28 giugno 2004.
- 19 Come risulta in *Final report of the Independent Panel To Review DOD Detention Operations*, agosto 2004, 73.