

Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una *political question*?¹

di Chiara Bologna²

(15 maggio 2008)

Sommario: 1. Il quadro normativo dell'emergenza: interpretazione costituzionale e disciplina legislativa. 2. I provvedimenti successivi all'11 settembre: cronologia dell'emergenza. 3. L'intervento della Corte suprema: «molto rumore per (quasi) nulla...» 4. L'esito delle decisioni: il nuovo ruolo del Congresso nell'emergenza. 5. Questioni aperte: dalla tipizzazione dell'emergenza alla *political question*.

1. Il quadro normativo dell'emergenza: interpretazione costituzionale e disciplina legislativa.

La costituzione degli Stati Uniti d'America, come noto, diversamente da altre carte fondamentali, quali quella spagnola,³ non prevede una disciplina dettagliata dello stato di emergenza⁴ nè un'ampia derogabilità delle sue disposizioni in tali circostanze. Il testo costituzionale prevede invece «deroghe limitate e nominate»⁵ coincidenti con: la possibilità di accuartieramento dei soldati in case private se lo preveda la legge in tempo di guerra;⁶ la limitazione del diritto a una giuria per i membri delle forze armate in tempo di guerra o pericolo pubblico;⁷ la possibilità di sospendere il diritto di *habeas corpus* in caso di ribellione o invasione se lo esiga la pubblica sicurezza (c.d. *suspension clause*).⁸

La costituzione statunitense tuttavia, pur evocando con tali disposizioni la possibilità di

¹ Relazione svolta presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Ferrara il 26 settembre 2007 e in corso di pubblicazione negli atti del *Workshop "Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo"*.

² Ricercatore in Diritto pubblico comparato nella Facoltà di Scienze Politiche dell'*Alma Mater Studiorum*-Università di Bologna- chiara.bologna@unibo.it.

³ Per riferimenti puntuali v. R. TONIATTI, *L'ordinamento costituzionale della difesa e degli stati di crisi in Spagna*, in G. DEVERGOTTINI (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, Rivista militare, Fano, 1991, pp. 211ss., nonché per una carrellata sui vari modelli di disciplina dei regimi emergenziali G. DEVERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rass. parlam.* 2004, pp. 427ss. Sul tema in generale v. V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello stato di diritto in trasformazione: problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna, 2006; T. GROPPI (cur.), *Democrazia e terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

⁴ Sulla problematica nozione di emergenza v. fra gli altri A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enc. sc. soc.*, 551ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁵ P. BONETTI, *op. cit.*, p. 137.

⁶ V. III emendamento.

⁷ V. V emendamento.

⁸ Art. I, sez. IX, claus. 2.

uno stato d'eccezione, non individua il *dominus* di tale emergenza. Al contrario, sulla connessa questione della titolarità dei poteri di guerra, il testo costituzionale sembra costituire, come è stato sottolineato, un perenne «invito al contrasto»⁹ tra Congresso e Presidente, individuando per entrambi competenze in materia. Il primo è infatti coinvolto nell'applicazione di alcune delle citate norme sull'emergenza,¹⁰ è titolare di varie competenze specifiche quali il potere di dichiarare guerra¹¹ e di stabilire norme per regolare le forme e le procedure di intervento delle forze di terra e di mare,¹² è titolare infine di una competenza *omnibus* quale quella derivante dai poteri impliciti.¹³ Il secondo, d'altro canto, è Comandante in capo dell'esercito,¹⁴ titolare monocratico del potere esecutivo,¹⁵ nonché titolare della competenza generale sugli affari esteri, considerata tradizionalmente inclusa nello stesso potere esecutivo¹⁶.

Per quanto concerne la possibilità di sospendere l'applicazione di norme costituzionali, all'indomani dell'adozione della costituzione emersero tre interpretazioni dottrinali: la lettura assolutista (*absolutist*), quella relativista (*relativist*) e quella c.d. liberale (*liberal*).¹⁷

In base alla prima, il governo non ha poteri d'emergenza tranne quelli indicati specificatamente nel testo costituzionale, per cui è possibile la sospensione di garanzie costituzionali solo quando ciò sia previsto esplicitamente, come nel caso dell'*habeas corpus*. Tale ricostruzione è stata fatta propria dalla stessa Corte suprema nel caso *Ex Parte Milligan*,¹⁸ in cui la Corte ha riconosciuto che il presidente Lincoln aveva agito incostituzionalmente durante la guerra civile poichè, evocando lo stato di emergenza, aveva istituito delle commissioni militari per giudicare i civili nonostante i tribunali ordinari funzionassero regolarmente. In tale circostanza il giudice Davis, scrivendo per la maggioranza, ha affermato chiaramente che i diritti contenuti nella costituzione, con

⁹ E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, Aspen, New York, 2001, p. 288.

¹⁰ Si consideri che il III emendamento fa esplicitamente riferimento alla legge, mentre la *suspension clause* relativa alla sospensibilità del diritto di *habeas corpus* è contenuta nel art. I della costituzione dedicata ai poteri del Congresso, facendo così propendere la dottrina per la necessità del consenso del Congresso stesso per l'applicazione della disposizione: cfr. B. ACKERMAN, *The emergency constitution*, Yale L.J., vol. 113, p. 1053.

¹¹ Art. I, sez. VIII, claus. 11.

¹² Art. I, sez. VIII, claus. 14.

¹³ Art. I, sez. VIII, claus. 18.

¹⁴ Art. II, sez. II, claus.

¹⁵ Art. II, sez. I, claus. 1. Si consideri in riferimento a tale tema la dottrina degli *inherent presidential powers*, cui la Presidenza ha tradizionalmente fatto riferimento, in base alla quale il Presidente stesso avrebbe non solo i poteri enunciati nel II articolo della costituzione ma tutti quelli, anche non tipizzati, che siano appunto intrinseci al potere esecutivo: v. E. CHEMERINSKY, *ivi*, pp. 231ss.

¹⁶ Indicazioni in questo senso provengono anche dalla Corte suprema: v. *United States v. Curtiss-wright Export Corp.*, 299 U.S. 320 (1936). Sul tema dei ruoli di Presidente e Congresso sugli affari esteri v. S.A. RIESENFELD, *The Power of Congress and the President in International Relations: Three Recent Supreme Court Decisions*, 87 Cal. L. Rev. 786 (1999).

¹⁷ Su tutte le teorie v. J. LOBEL, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, Yale L.J., vol. 98, pp. 1386ss.

¹⁸ 71 U.S. 2 (1866).

l'eccezione di quello di *habeas corpus*, non possono essere sospesi nè dal Presidente nè dal Congresso.¹⁹ La costituzione infatti garantisce al governo poteri sufficienti per preservare la propria esistenza e, anche qualora dovesse esistere necessità di utilizzare strumenti eccezionali, questi non dovrebbero essere utilizzati perchè «un paese conservato con il sacrificio di tutti i principi fondamentali di libertà non varrebbe il costo della sua stessa conservazione».²⁰

La ricostruzione teorica contraria è sostenuta invece dalla dottrina “relativista”, secondo cui la costituzione permette al Presidente, in qualità di titolare del potere esecutivo e del potere generale sugli affari esteri, di adottare ogni misura necessaria nelle situazioni di crisi, senza che ciò implichi alcun atto incostituzionale.

Nel corso del XIX secolo, tuttavia, la teoria che trova conferma nella prassi è quella che la dottrina statunitense²¹ definisce “liberale”, riconducendola *in primis* alle suggestioni che in materia diede John Locke nei suoi *Two Treaties of Government*.²² Secondo tale teorica, dinanzi a casi di necessità, il potere legislativo rischia di rivelarsi strumento inadeguato perchè lento e pletorico, così da rendere necessario, invece, l'intervento del più efficace potere esecutivo. Quest'ultimo, a sua volta, dovrà agire se necessario anche in contrasto con la lettera della legge, per cercare poi successivamente, nel potere legislativo, una ratifica del proprio operato. Tale ricostruzione si affermò già durante la presidenza Jefferson,²³ quando questi sostenne l'idea che, nonostante la costituzione non affidasse poteri emergenziali all'esecutivo, quest'ultimo potesse comunque se ve ne fosse necessità utilizzarli, chiedendo per il suo operato, formalmente illegittimo, una successiva convalida del Congresso.

Questa l'idea di fondo della teoria liberale: i poteri d'emergenza, come nella teoria assolutista, sono *contra constitutionem* ma, ciò nonostante, non ne è precluso l'esercizio, purchè seguito da un'approvazione *ex post* da parte del potere legislativo. L'idea sottesa alle posizioni del presidente Jefferson era quella, in breve, dell'inopportunità e della pericolosità di un riconoscimento costituzionale dei poteri presidenziali;²⁴ la ricostruzione di un eventuale intervento del Presidente in termini invece di “illegittimità eccezionale” contribuiva a far sì che il Presidente stesso intervenisse solo quando vi fosse

¹⁹ 71 U.S. 125.

²⁰ 71 U.S. 126.

²¹ V. J. LOBEL, *op. cit.*, pp. 1392ss. Per ulteriori significati del termine «liberale» riferito alle teorie sulla sospensione della costituzione si veda a titolo esemplificativo P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1ss.

²² L'influenza di Locke sulla dottrina statunitense dell'emergenza è analizzata in particolare da A. M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency* (1973), trad. it. *La Presidenza imperiale*, Edizioni Comunità, Milano, 1980, pp. 34ss.

²³ A. M. SCHLESINGER, *op. cit.*, pp. 50ss.

²⁴ Così J. LOBEL, *op. cit.*, p. 1396

un'impellente esigenza nazionale: il riconoscimento costituzionale di poteri emergenziali rischiava, invece, di normalizzare l'emergenza.

Il paradigma liberale prevale fino ai primi anni del XX secolo, anche grazie all'isolazionismo statunitense in politica estera, che aveva di fatto reso minimo il rischio di uno stato d'emergenza. Quando gli Stati Uniti adottano invece una politica più interventista, le emergenze internazionali e interne diventano frequenti e l'ordinamento risponde recuperando la dottrina relativista. In base a quest'ultima, come già sottolineato, i poteri emergenziali non sono *contra constitutionem* e competono al Presidente grazie al suo dominio sulle relazioni internazionali e agli *inherent presidential powers*, i poteri intrinseci a quello esecutivo.²⁵ I due conflitti mondiali e il generale rafforzamento del Presidente nella forma di governo, che cessa di essere un *Congressional Government*²⁶ per divenire invece un compiuto sistema presidenziale, sono alla base della definitiva affermazione della teoria relativista. Mentre infatti le due guerre ripropongono con forza il tema dell'emergenza, l'evoluzione della forma di governo sposta nel Presidente la gestione dell'emergenza stessa.

Il processo si completa con la guerra fredda e con lo stato di allarme permanente che essa crea:²⁷ il Presidente, quando adotta misure eccezionali, lo fa *secundum constitutionem* e l'intervento del Congresso non si svolge più *ex post* per sanare un'illegittimità, ma *ex ante* per autorizzare un iter considerato ormai costituzionale.²⁸ Lo schema applicato è analogo a quello della delega: il Congresso interviene in via preliminare attivando i poteri d'emergenza del Presidente, che da quel momento può gestire lo stato d'eccezione nei limiti dell'autorizzazione legislativa. Quest'ultima, però, di fatto, si trasforma in una delega in bianco che lascia il Presidente libero da vincoli nella gestione del regime emergenziale.

Tale prassi è avallata peraltro dalla giurisprudenza²⁹ che, a seconda dei casi, o sottopone a un blando scrutinio di ragionevolezza le dichiarazioni d'emergenza, senza mai censurarle,³⁰ oppure interpreta in modo estensivo il provvedimento autorizzatorio del Congresso, così da includervi tutti gli interventi presidenziali sottoposti al suo giudizio di

²⁵ V. supra nt. 6.

²⁶ V. W. WILSON, *Congressional Government: a study in American politics* (1885), Legal classic Library, New York, 1993.

²⁷ Cfr. R.S. RANKIN – W.R. DALLMAR, *Freedom and emergency power in the cold war*, Appleton, New York, 1964.

²⁸ V. ancora J. LOBEL, *op. cit.*, 1400.

²⁹ V. LOBEL, *op. cit.*, p. 1409s. Si soffermano sulla prevalenza del valore della sicurezza rispetto ai diritti nella giurisprudenza in tempi di emergenza anche L.H. TRIBE e P.O. GUDRIDGE di cui vedi *The Anti-Emergency Constitution*, 113 Yale L. J. 1850 (2004).

³⁰ V. la decisione della Corte d'appello del II circuito *Sardino v. Federal Reserve Bank of N.Y.*, 361 F.2d 106 (1966), che la Corte suprema indirettamente confermò negando il writ of certiorari in data 17 ottobre 1966 (385 U.S. 898).

costituzionalità.³¹ In entrambi i casi l'atteggiamento del potere giudiziario è quello di un sostanziale *self restraint* in cui, pur entrando nel merito delle questioni, viene considerata prioritaria la deferenza alle decisioni del circuito politico.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al noto caso *Korematsu vs. United States*,³² nel quale la Corte suprema discusse il caso di discriminazione realizzato con l'evacuazione dei nippoamericani da alcune zone degli Stati Uniti durante il secondo conflitto mondiale.³³ In quella decisione il giudice Black, estensore dell'opinione di maggioranza, affermò chiaramente, riferendosi al potere giudiziario, che non rientra nel suo ruolo «affermare che i rami del Governo che si occupano della guerra (*war –making branches of Government*) non abbiano le basi per credere che in un momento critico queste persone possano essere isolate e trattate diversamente».³⁴

L'ampio potere che la prassi ha riconosciuto al Presidente sembra attenuarsi tuttavia con due interventi legislativi che mirano a procedimentalizzare la gestione delle emergenze e aumentare i controlli congressuali sull'esecutivo. Lo scopo è in breve quello di superare il modello delle ampie autorizzazioni al Presidente, che lo lasciano arbitro pressochè assoluto dello stato d'eccezione.

L'occasione per l'adozione dei due provvedimenti è la crisi della Presidenza che, a metà degli anni Settanta, all'indomani dello scandalo Watergate e della guerra del Vietnam, aveva raggiunto ormai il suo apice. Nel 1976 e nel 1977 vengono adottati rispettivamente il *National Emergency Act* e l'*International Emergency Economic Powers Act*.³⁵ I due provvedimenti fissano, fra l'altro, una procedura che mira a creare maggiore trasparenza e quindi maggior controllo: per instaurare uno stato d'emergenza occorre una dichiarazione del Presidente degli Stati Uniti; quest'ultimo deve poi sottoporre una relazione al Congresso con le motivazioni di tale dichiarazione, ed entro sei mesi ogni Camera deve riunirsi per valutare l'opportunità di far cessare l'emergenza stessa. Se dopo un anno tale emergenza non viene ufficialmente rinnovata dal Presidente, essa cessa automaticamente e inoltre, in ogni momento, il Congresso può adottare una *joint resolution* per interromperla.

³¹ *United States v. Yoshida*, 526 F.2d 560 (C.C. P.A. 1975).

³² 323 U.S. 214 (1944).

³³ Come noto gli americani di origine giapponese venivano poi destinati a campi di «riallamento».

³⁴ 323 U.S. 218: in questo punto in realtà la Corte cita un suo precedente del 1943, *Hirabayashi v. United States* (320 U.S. 81 e, in particolare, 320 U.S. 99), in cui aveva ritenuto legittima l'applicazione della misura del coprifuoco nei confronti dei nippoamericani.

³⁵ Per la disciplina delle emergenze si ricordi anche il *War Powers Act* del 1973 con cui il Congresso nel 1973 aumentò i suoi controlli sull'attività del Presidente in occasione dell'invio di forze armate all'estero: sui tre provvedimenti v. fra gli altri: A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., pp. 121ss.; R. TONIATTI, *L'ordinamento costituzionale della difesa e degli stati di crisi negli Stati Uniti d'America*, in G. DEVERGOTTINI (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, cit., pp. 339ss.; E. CHEMERINSKY, *op.cit.*, pp. 288ss.

Questo tuttavia è il dato normativo. Nella prassi tali provvedimenti riescono ad incidere in misura ridotta. Appena l'esecutivo, infatti, con la presidenza Reagan, recupera la propria centralità nei confronti del Congresso, il dato normativo cede il passo alla costituzione materiale e il baricentro dell'emergenza torna ad essere nel Presidente. Le dichiarazioni presidenziali d'emergenza vengono infatti adottate con grande frequenza (ben quaranta in trent'anni),³⁶ anche dinanzi a situazioni la cui gravità appare discutibile; la relazione che il governo svolge alle Camere diventa ormai una mera formalità e il Congresso non utilizza mai la possibilità di votare la cessazione dello stato d'eccezione.³⁷

Fallita l'applicazione di tale procedura il modello di gestione delle emergenze torna ad essere sostanzialmente quello della delega al Presidente che, nel corso degli anni, utilizza tale *modus procedendi* per fronteggiare l'immigrazione, per controllare impianti energetici, per eseguire arresti tramite militari e, ovviamente, per contrastare il terrorismo.³⁸

2. I provvedimenti successivi all'11 settembre: cronologia dell'emergenza.

All'indomani del crollo delle *Twin Towers*, il 14 settembre 2001, il presidente Bush emette una dichiarazione d'emergenza,³⁹ seguendo il procedimento previsto nel già citato *National Emergency Act*. Quattro giorni dopo arriva puntuale il provvedimento del Congresso, l' *Authorization for Use of Military Force*, che autorizza il Presidente a "usare tutta la forza necessaria e opportuna contro quelle nazioni, organizzazioni, o persone che egli ritenga abbiano pianificato, autorizzato, commesso o aiutato gli attacchi terroristici".⁴⁰

Il 26 ottobre 2001 il Congresso interviene nuovamente approvando il *Patriot Act* che, come noto, introduce diverse misure limitative di diritti costituzionali. Fra queste si ricordino il fermo fino a 7 giorni per stranieri sospettati di legami con cellule terroristiche

³⁶ Dopo l'adozione del National Emergency Act, tra 1976 e 2006, vengono adottate 40 dichiarazioni di stato di emergenza. Sul punto vedi il seguente dossier dell' Ufficio Studi del Congresso: H.C. RELYEA, *National Emergency Powers*, 30 agosto 2007, recuperabile all'indirizzo: <http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/98-505.pdf>

³⁷ LOBEL, *op. cit.*, p. 1415s.

³⁸ Per una casistica completa v. H.C. RELYEA, *op. cit.*, pp. 16ss.

³⁹ *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks: "A national emergency exists by reason of the terrorist attacks at the World Trade Center, New York, New York, and the Pentagon, and the continuing and immediate threat of further attacks on the United States. NOW, THEREFORE, I, GEORGE W. BUSH, President of the United States of America, by virtue of the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States, I hereby declare that the national emergency has existed since September 11, 2001, and, pursuant to the National Emergencies Act (50 U.S.C. 1601 et seq.), I intend to utilize the following statutes: sections 123, 123a, 527, 2201(c), 12006, and 12302 of title 10, United States Code, and sections 331, 359, and 367 of title 14, United States Code".* Il testo completo è disponibile all'indirizzo: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20090114-4.html>

⁴⁰ *V. Authorization for Use of Military Force, Public Law 107-40*, sez. 2 (traduzione nostra). Sui provvedimenti adottati dopo l'11 settembre v. T.E. FROSINI- C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 75ss.

senza l'obbligo per le autorità governative di formulare accuse o ottenere provvedimenti di convalida da parte dell'autorità giudiziaria; la detenzione illimitata dello straniero in attesa di espulsione se sospettato di attentare alla sicurezza nazionale;⁴¹ il forte incremento delle c.d. «lettere di sicurezza nazionale» con cui, senza alcuna autorizzazione giudiziaria, gli ufficiali della polizia federale possono ottenere da terzi, come compagnie telefoniche, *internet provider* e banche, informazioni su sospettati.⁴²

E' del 13 novembre 2001 invece l'intervento più significativo dell'amministrazione Bush: in questa data, richiamando esplicitamente l'autorizzazione congressuale del 18 settembre, il Presidente adotta infatti un *military order* relativo a "Detenzione, trattamento e processo di alcuni non cittadini nella guerra al terrorismo".⁴³ Il provvedimento, che prevede discipline specifiche per gli stranieri sospettati di essere parte di organizzazioni terroristiche, è il fondamento normativo sia per la detenzione dei sospetti nel campo di Guantanamo, sia per il loro processo davanti a tribunali speciali. Il campo di detenzione di Cuba è sicuramente il caso più noto di sospensione delle garanzie costituzionali,⁴⁴ ma non meno problematiche, da questo punto di vista, sono le Commissioni militari, speciali tribunali istituiti per processare cittadini stranieri sospettati di terrorismo. Tali tribunali rappresentano infatti una chiara eccezione alle norme della costituzione che assegnano al potere legislativo, e non a quello esecutivo, la competenza a istituire organi giurisdizionali.⁴⁵ La problematicità di tali organi aumenta quando si riflette sul ruolo ulteriore che in essi svolge l'amministrazione: i tribunali sono composti da ufficiali nominati dal Dipartimento della Difesa e all'esecutivo compete in via esclusiva il potere di attivare i procedimenti dinanzi ad essi. Anche la procedura che si svolge davanti a questi organi è del tutto eccezionale: sono utilizzabili infatti testimonianze raccolte con metodi coercitivi e

⁴¹ Tale misura, come è stato ricordato, contrasta con la decisione adottata nel 2001 della Corte suprema nei casi *Zadvydas v. Davis* (553 U.S. 678), nel quale fu riconosciuta l'applicazione agli stranieri del due process: v. D. TEGA, *Vecchi diritti e nuove paure*, in *Quad. cost.* 2002, pp. 79ss.

⁴² Il *Patriot Act* ha aumentato enormemente la possibilità di emettere *national security letters*; prima di tale provvedimento esse potevano essere utilizzate solo in riferimento a una potenza straniera o a un suo agente, mentre ora possono essere emesse per cittadini statunitensi, residenti e società americane. Il *Patriot Act* ha inoltre aumentato il numero di persone che possono adottare questi provvedimenti poiché prima dovevano provenire dagli uffici principali dell'FBI, mentre ora in ogni ufficio di tale corpo investigativo vi è un agente preposto a tale funzione. Per ulteriori dettagli v. M Dorf, *The FBI's Misuse of National Security Letters Reveals the Often-False Dichotomy Between Security and Privacy*, 14 marzo 2007, in www.findlaw.com

⁴³ V. *Detention, Treatment and Trial of certain Non-citizens in the War against Terrorism* (66 Fed. Reg. 57833); il testo è consultabile all'indirizzo <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>

⁴⁴ V. T. E. FROSINI, *Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2005, pp. 1645ss.

⁴⁵ V. art. II, sez. 1 e art. I, sez. 8, claus. 9 della costituzione statunitense. Sul punto, per una trattazione più puntuale si veda A. BENAZZO, *Il caso Hamdan: un'altra lezione della corte suprema statunitense sul principio dei checks and balances*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, pp. 1566ss. e, se si vuole, C. BOLOGNA, *Hamdan v. Rumsfeld: quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, in *Quad. cost.* 2006, pp. 813ss.

testimonianze orali e scritte non confermate da giuramento; l'accusato e il suo difensore possono perfino essere esclusi dal procedimento stesso, per motivi di sicurezza, senza la possibilità di conoscere le prove che in esso siano state presentate.

Sullo sfondo di questi provvedimenti dell'esecutivo emerge un'anomala figura giuridica, quella degli *enemy combatants*, i combattenti nemici illegali, con cui il governo statunitense indica tutti coloro che, cittadini o meno, abbiano presunti legami con Al Qaeda.⁴⁶ I «combattenti nemici» non appartengono alla categoria dei civili perchè svolgono attività belliche, ma contemporaneamente non sono militari perchè non fanno parte di alcun esercito statale. Ai combattenti nemici, conseguentemente, non si applicano le garanzie nè degli uni nè degli altri: tutte le Convenzioni di Ginevra, in particolare, risultano inapplicabili. I sospettati acquisiscono tale status con ordinanze dello stesso Presidente, dopo le quali viene precluso loro il contatto col mondo esterno, nell'ambito di una detenzione illimitata per la quale non è necessaria alcuna convalida giudiziaria. La mancanza della cittadinanza americana aggrava poi la loro posizione, trasformandoli in *alien enemy combatants*, cui, come abbiamo visto, vengono riservate specifiche e più gravi condizioni, sia nella detenzione sia nel processo.

3. L'intervento della Corte suprema: molto rumore per (quasi) nulla...

Gli interventi adottati dall'amministrazione Bush dopo l'11 settembre sollecitano forti critiche in parte dell'opinione pubblica nazionale e in gran parte di quella internazionale. Sconfessando apparentemente il suo tradizionale *self-restraint* in materia, anche la Corte suprema interviene più volte per censurare la gestione dell'emergenza da parte dell'esecutivo. Le prime pronunce in tal senso vengono adottate nel giugno del 2004: si

⁴⁶ La definizione di *enemy combatant* comparirà in un documento ufficiale solo nel 2004, all'interno di un'ordinanza del Dipartimento della Difesa del 7 luglio che ha istituito i *Combatant Status Review Tribunals* (« *enemy combatant shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or Al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the U.S. or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces*»). Una nuova definizione più ampia, degli *unlawful enemy combatants* comparirà nel *Military Commission Act* del 2006 (*unlawful enemy combatant* sono tutti coloro che sono stati coinvolti in ostilità contro gli Stati Uniti e non siano *lawful enemy combatants*, ossia « *a person who is a member of : 1) the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States; 2) a militia volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; 3) a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States.* »): su entrambi tali provvedimenti v. *infra* par. 4. Sull'uso di tale termine prima dell'11 settembre 2001 v. C. BASSU, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in T. GROPPI (cur.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 425ss.

tratta dei casi *Hamdi v. Rumsfeld*⁴⁷ e *Rasul v. Bush*.⁴⁸ La prima decisione⁴⁹ concerne la possibilità di contestare davanti a un tribunale la qualifica di *enemy combatant* assegnata dall'esecutivo. Nel caso di specie la Corte d'Appello del quarto circuito aveva respinto l'istanza di *habeas corpus* inoltrata per conto di Hamdi, un cittadino statunitense catturato in Afghanistan e dichiarato «combattente nemico»; la Corte in particolare aveva rigettato l'istanza sostenendo la non impugnabilità, davanti a un tribunale, della dichiarazione presidenziale che attribuisce tale status.

La Corte suprema rovescia il verdetto e afferma invece che negare la possibilità di contestare la qualifica di *enemy combatant* davanti a un tribunale rappresenta una violazione del V emendamento, relativo, come noto, al *due process of law*.⁵⁰ In particolare, scrive il giudice O'Connor, occorre operare un bilanciamento tra le garanzie individuali e la sicurezza collettiva seguendo il c.d. *Mathews test*,⁵¹ in base al quale il rispetto del *due process* è verificabile confrontando l'interesse privato che verrebbe intaccato dall'azione pubblica con l'interesse sostenuto dal governo, nella consapevolezza che ciò si traduce in un bilanciamento tra il rischio di limitare la libertà di un incolpevole e la mera probabilità di accrescere la sicurezza collettiva.⁵²

L'equo bilanciamento tra tali interessi contrapposti è, a parere della Corte suprema, realizzato solo se si garantisce ad Hamdi la possibilità di contestare, davanti a un decisore neutrale, le assunzioni del governo.⁵³ E' a questo punto che il giudice O'Connor interviene a rivendicare il ruolo del potere giudiziario negli stati d'emergenza, affermando che la

⁴⁷ 542 U.S. 507 (2004).

⁴⁸ 542 U.S. 466 (2004). La terza decisione del giugno 2004, *Rumsfeld v. Padilla* (542 U.S. 507), non ha rappresentato invece una decisione di censura nei confronti del Governo. Al contrario la Corte suprema ha avallato la teoria sostenuta dal governo secondo cui la il giudice competente a giudicare sulle istanze di *habeas corpus* dei combattenti nemici di nazionalità americana muta con il mutare del luogo in cui il detenuto viene trasferito, permettendo come è stato notato, un vero e proprio «*forum shopping*» da parte del Governo: cfr. R. DWORKIN, *Corte suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi*, in *Quad. cost.* 2005, p. 912. Sulle tre decisioni del 2004 v. anche F. LANCHESTER, *La Corte suprema e l'emergenza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; T.E. FROSINI- C. BASSU, *op. cit.*, pp. 94ss.

⁴⁹ 542 U.S. 507 (2004)

⁵⁰ Il V emendamento prevede che il governo federale non possa privare "alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza due process of law". Il *due process* appresta a sua volta due tipi di protezioni. Una è il "*procedural due process*", che fa riferimento alle procedure che i poteri pubblici devono seguire per privare qualcuno della vita, della proprietà, della libertà. La seconda garanzia è il "*substantive due process*", in base al quale il governo deve avere adeguate ragioni per privare qualcuno della vita, della proprietà, della libertà. Il primo aspetto riguarda le procedure che devono essere seguite per limitare i diritti dei cittadini, mentre il secondo richiede sufficienti giustificazioni per limitarli. V. E. CHERMERINSKY, *op. cit.*, p. 451.

⁵¹ Così definito perchè elaborato nel caso *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976)

⁵² V. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 529. L'interesse generale, nel caso di specie, è che coloro che siano sospettati di coinvolgimento con cellule terroristiche non possano tornare a compiere atti di violenza contro gli Stati Uniti. Per un approfondimento sul bilanciamento operato in questa decisione dalla Corte suprema v. M. ROSENFELD, *Judicial balancing in times of stress: la risposta di Stati Uniti, Canada e Israele*, in T. GROPPI (cur.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, cit., pp. 121ss.

⁵³ 542 U.S. 533.

Corte suprema rigetta «l'asserzione del governo secondo cui il principio della separazione dei poteri impone in queste circostanze un ruolo notevolmente circoscritto per le corti», e sottolineando, invece, che «lo stato di guerra non è un assegno in bianco per il Presidente».⁵⁴

La decisione tuttavia è meno radicale di quanto sembri; dopo aver affermato il diritto a un giudice per chi sia dichiarato combattente nemico, la Corte lascia di fatto ampi margini di autonomia all'esecutivo: la competenza a giudicare su tale status non deve infatti essere necessariamente affidata a un tribunale ordinario, ma può essere affidata a una corte «appositamente autorizzata e opportunamente costituita».⁵⁵ A ciò si aggiunga che, secondo i supremi giudici, davanti a tale tribunale è ammessa una sostanziale inversione dell'onere della prova poichè le circostanze possono richiedere che, a parte gli elementi fondamentali del *due process*, i processi contro gli *enemy combatants* siano strutturati in maniera da alleviare le difficoltà per il governo nei periodi di conflitti bellici.⁵⁶ Scrive chiaramente la maggioranza che «la Costituzione non sarebbe violata da una presunzione a favore delle prove del governo, fintanto che questa presunzione potesse essere superata e fossero fornite adeguate opportunità per farlo».⁵⁷

Nel caso Hamdi tuttavia, pronunciato in riferimento a un cittadino statunitense, non viene chiarito se il diritto a contestare la qualifica di combattente nemico appartenga anche agli stranieri detenuti a Guantanamo.⁵⁸ A favore di questi ultimi, sempre nel giugno 2004, la Corte suprema adotta però la seconda decisione: *Rasul v. Bush*.

Il giudizio nasce dal diniego di giurisdizione opposto da diverse corti statunitensi alle azioni di *habeas corpus* presentate per conto di alcuni detenuti nella baia di Cuba. La ragione del diniego è riconducibile, secondo queste Corti, al fatto che i prigionieri si trovano fuori dal territorio statunitense e sono quindi sottratti alla giurisdizione dei giudici americani.

Con una decisione assunta in piena maggioranza, la Corte suprema rigetta questa ricostruzione e sottolinea che è la stessa legge federale che disciplina l'*habeas corpus* ad affermare che le corti federali distrettuali possono accogliere i ricorsi «che rientrino nelle loro rispettive giurisdizioni»⁵⁹. L'elemento essenziale pertanto non è l'eventuale presenza del detenuto sul suolo statunitense, ma l'ambito di estensione della giurisdizione degli Stati

⁵⁴ 542 U.S. 535-536.

⁵⁵ 542 U.S. 538.

⁵⁶ 542 U.S. 533.

⁵⁷ 542 U.S. 534.

⁵⁸ Sul punto vedi l'Introduzione del seguente dossier dell'Ufficio Studi del Congresso: J.K. Elsea- K.R. Thomas, *Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus challenges in Federal Court*, 25 luglio 2007 (www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33180.pdf)

⁵⁹ 28 U.S.C. §§2241 (a), (c) (3).

Uniti d'America; e poichè alla luce dei «termini espliciti del suo accordo con Cuba, gli Stati Uniti esercitano “giurisdizione e controllo completi” sulla base navale della Baia di Guantanamo»,⁶⁰ anche su questa deve estendersi la giurisdizione dei giudici americani.⁶¹

Il contenuto della decisione non è tuttavia chiarissimo:⁶² la Corte non specifica nè se la sua giurisdizione si estenda a tutti coloro che sono detenuti dagli Stati Uniti nelle varie parti del mondo,⁶³ nè quali diritti sostanziali abbiano i detenuti di Guantanamo. Ciò che è chiaro, tuttavia, è che la decisione non riconosce a questi un diritto costituzionale ad un giudice, ma solo un diritto che ha fondamento legislativo nella disciplina dell'*habeas corpus*; non si tratta quindi di una decisione di incostituzionalità ma di una mera applicazione di una legge ordinaria, per quanto interpretata in maniera estensiva.

Lo stesso tipo di soluzione, fortemente deferente rispetto al volere del legislativo, è la chiave di lettura della terza decisione assunta dalla Corte suprema nel 2006: *Hamdan v. Rumsfeld*.⁶⁴ In questo caso la Corte afferma l'illegittimità delle Commissioni militari, ma solo in quanto istituite contravvenendo alle indicazioni legislative esistenti in materia. In breve, tali commissioni sono istituibili dal Presidente perchè tale possibilità è prevista dalla legislazione vigente e, coerentemente, nell'istituirle, l'esecutivo è tenuto a rispettare tutte le norme che il Congresso ha dettato in materia nello *Uniform Code of Military Justice*. Il Presidente, cioè, non ha alcun potere autonomo di prevedere le commissioni, ma solo una facoltà che si basa sulla preesistenza di una norma legislativa e che incontra, nella legislazione stessa, il suo fondamento e i suoi limiti.

E' proprio il contrasto con le disposizioni legislative contenute nel Codice di giustizia militare a rendere quindi le Commissioni illegittime. I metodi coercitivi per raccogliere le testimonianze e la negazione della possibilità di essere presente al processo per il detenuto sono alcuni degli elementi non previsti dal codice e che rendono conseguentemente illegittimi tali organi. Ancora una volta – si badi bene- non viene dichiarata l'incostituzionalità in sè delle Commissioni, ma l'esito della decisione è determinato dalla sola applicazione di una norma di legge.

In tutte le decisioni che abbiamo analizzato la Corte suprema sembra agire quindi, a

⁶⁰ 542 U.S. 480.

⁶¹ Nelle sue argomentazioni la Corte suprema compie un'ulteriore specificazione chiarendo che ciò che rileva sempre in materia di *habeas corpus* non è il luogo di detenzione del soggetto, ma piuttosto il fatto che il *custode* del detenuto stesso possa essere raggiunto o meno dalla giurisdizione delle corti americane: v. 542 U.S. 478.

⁶² R. H. Fallon – D.J. Meltzer, *Habeas corpus jurisdiction, substantive rights, and the war on terror*, 120 Harv. Law. Rev. 2048 (2007)

⁶³ In un punto della decisione la Corte tuttavia distinguendo il caso *Rasul* dal precedente caso *Eisentrager* sembra escludere che il principio si applichi ai cittadini di paesi in guerra con gli Usa, a coloro che hanno realizzato atti di aggressione contro gli Usa e a quelli che abbiano altre forme di accesso ad un giudice: 542 U.S. 476.

⁶⁴ 126 S.Ct. 2749 (2006).

guardar bene, con una certa cautela. Quando cassa l'operato dell'amministrazione, facendo valere il V emendamento della costituzione relativo al *due process*, come nel caso *Hamdi*, non esclude però la legittimità di tribunali *ad hoc* e la possibilità per l'amministrazione stessa di ridimensionare garanzie essenziali come l'onere della prova; negli altri casi, *Rasul* e *Hamdan*, le decisioni con cui la Corte contesta l'operato del governo sono in realtà applicazioni di leggi ordinarie, diritti che il Congresso ha voluto riconoscere e che conseguentemente lo stesso Congresso può negare.

4. L'esito delle decisioni: il nuovo ruolo del Congresso nell'emergenza.

All'indomani delle due decisioni del giugno 2004, relative agli *enemy combatants*, la Presidenza interviene immediatamente per evitare che gli stranieri detenuti a Guantanamo possano adire tribunali ordinari per contestare la loro qualifica. Nonostante il caso *Hamdi* infatti non avesse chiarito se il diritto a contestare lo status di combattente nemico spettasse anche ai non cittadini, il riconoscimento a questi del diritto di *habeas corpus*, nel caso *Rasul*, spinge l'amministrazione ad intervenire preventivamente.

Sfruttando i margini che la stessa Corte suprema aveva lasciato nella sentenza *Hamdi*, il Dipartimento della Difesa disciplina, con una sua ordinanza del 7 luglio 2004, i *Combatant Status Review Tribunals*, preposti a giudicare sulla fondatezza dell'attribuzione dello status di combattente nemico.⁶⁵

Tale tribunale tuttavia non appare quel decisore neutrale che la Corte sembrava richiedere nelle premesse del caso *Hamdi*: non si tratta di un tribunale ordinario poichè è composto da ufficiali militari e militari sono anche i difensori; esso non è vincolato dalle norme sull'assunzione delle prove che si applicano negli ordinari processi penali, poichè è libero di utilizzare tutte le prove «che possa ritenere rilevanti e utili per la risoluzione della questione».⁶⁶ Nonostante tali caratteristiche, tuttavia, tale organo risponde perfettamente alle indicazioni della Corte stessa che in realtà, come abbiamo visto, nel proseguo della decisione, sceglie un'interpretazione meno garantista del *due process*, legittimando tribunali speciali e deroghe alle norme ordinarie sull'assunzione delle prove.

Alla luce delle decisioni adottate dalla Corte suprema dopo l'11 settembre, i maggiori ostacoli per l'amministrazione derivano così non dalla costituzione, ma dalle leggi vigenti

⁶⁵ Nell'ordinanza viene peraltro definito il combattente nemico come colui che «è stato parte o ha supportato forze talebane o di Al Qaeda, o forze associate che siano coinvolte in ostilità contro gli Stati Uniti o suoi partner della coalizione. Questo include ogni persona che abbia commesso un atto belligerante o che abbia direttamente sostenuto ostilità in aiuto alle forze armate nemiche» Il testo completo dell'ordinanza (*Memorandum for the Secretary of the Navy*) è disponibile sul sito del Dipartimento della Difesa all'indirizzo: <http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf>

⁶⁶ V. *Memorandum for the Secretary of the Navy*, paragrafo g (9).

sia in materia di *habeas corpus*, sia in materia di limiti all'utilizzo delle Commissioni militari. La vera novità delle decisioni della Corte suprema non è infatti una nuova ingerenza nelle attività dei *war-making branches of government*, ma il riconoscimento di un ruolo rilevante per il Congresso durante gli stati d'emergenza.

Nel caso *Hamdan*, in particolare, la Corte offre una lettura sistematica dei regimi emergenziali. Nell'opinione di maggioranza, redatta dal giudice Stevens, sembra comparire la giustificazione teorica della prassi delle autorizzazioni congressuali per l'attribuzione della gestione dell'emergenza al Presidente.

La deroga delle norme costituzionali, afferma in particolare l'estensore della sentenza, non può essere fondata sulla sola emergenza; quest'ultima non è fonte autonoma del diritto e l'eventuale deroga alle disposizioni della costituzione deve avere anch'essa fondamento costituzionale. L'unico appiglio in questo senso, rinvenibile nel testo della carta fondamentale, sono però «i poteri garantiti congiuntamente a Presidente e Congresso in tempo di guerra».⁶⁷ Dalla doppia competenza di questi organi discende automaticamente la necessità di una loro volontà congiunta e quindi, per le azioni del Presidente, la necessità di una previa autorizzazione del Congresso.

Un aspetto appare tuttavia innovativo rispetto alla tradizionale giurisprudenza in materia di emergenza: nel caso *Hamdan* la Corte suprema nega che l'autorizzazione congressuale del 18 settembre 2001 possa includere per il Presidente la possibilità di istituire Commissioni militari, e decide quindi, contrariamente al passato, di non sostenere un'interpretazione estensiva della delega per avallare l'operato del Presidente stesso. Al contrario, in questo caso, la Corte sembra richiedere specifiche autorizzazioni legislative affinché possano essere attivati altrettanto specifici poteri emergenziali in capo all'esecutivo.

Ciò che appare sicuramente smentita, comunque, da cinque giudici su otto,⁶⁸ è la ricostruzione proposta dall'amministrazione Bush, secondo cui il Presidente è gestore unico degli stati d'emergenza.⁶⁹ Tale dottrina trova infatti spazio solo nella *dissenting opinion* del giudice Thomas secondo cui è appunto il Presidente ad avere la responsabilità, e con essa i poteri necessari, per tutelare la sicurezza nazionale.⁷⁰ Il Congresso, a parere di tale giudice, non può anticipare e quindi disciplinare con un provvedimento autorizzatorio ogni azione che l'esecutivo potrà ritenere adeguata per

⁶⁷ 126 S. Ct. 2773.

⁶⁸ Il non giudice, il *Chief Justice* Roberts si era infatti astenuto essendosi già pronunciato sul caso in qualità di giudice d'Appello.

⁶⁹ Su questo aspetto della decisione v. N.K.KATYAL, *Hamdan v. Rumsfeld: the legal academy goes to practice*, 120 Harv. L. Rev. 65 (2006)

⁷⁰ 126 S. Ct. 2823.

fronteggiare l'emergenza, ma il mancato intervento del legislativo non implica necessariamente anche una mancata approvazione da parte di quest'organo.⁷¹ Nel caso *Hamdan*, spiega per esempio il giudice Thomas, le Commissioni militari sono implicitamente autorizzate dal Congresso nell'*Authorization for Use of military force*, che riconosce infatti al Presidente l'esercizio della forza necessaria e opportuna per debellare il terrorismo internazionale.⁷² A parere del giudice dissenziente, in breve, tanto da parte del potere legislativo quanto da parte di quello giudiziario nei momenti di emergenza «il dovere di deferenza alle valutazioni dell'esecutivo in materia di politica militare ed estera è al suo zenith».⁷³

Diversa, come abbiamo visto, è invece la *ratio* che guida la maggioranza della Corte: dopo le decisioni del 2004 e del 2006 sembra chiaro che le garanzie costituzionali possono ancora essere sospese, ma ciò richiede tendenzialmente un'azione congiunta di Presidente e Congresso, in linea con un assetto di governo che, secondo la tradizionale definizione di Neustadt, deve essere appunto di «*separated institutions sharing powers*».

Il Congresso, tuttavia, guidato dalla maggioranza repubblicana, non fa mancare il suo appoggio alla presidenza Bush e nel dicembre 2005 approva il *Detainee Treatment Act* che, oltre a regolare il trattamento dei detenuti vietando pratiche degradanti e inumane, priva esplicitamente i tribunali ordinari della possibilità di giudicare sulle azioni di *habeas corpus* dei prigionieri nella Baia di Guantanamo: come già ricordato, il diritto a un giudice, riconosciuto nel caso *Rasul*, aveva fondamento nella legge ordinaria e, di conseguenza, una nuova legge ordinaria poteva negarlo.⁷⁴

Analogamente, nell'ottobre 2006, quattro mesi dopo la decisione sul caso *Hamdan v. Rumsfeld* che aveva dichiarato illegittime le commissioni militari perchè in contrasto con il Codice Uniforme di Giustizia militare, pochi giorni prima delle *mid-term elections* che avrebbero sottratto ai repubblicani la maggioranza al Congresso, il Presidente Bush ottiene dalle Camere l'approvazione del *Military Commission Act*.⁷⁵ Le disposizioni del Codice di Giustizia militare che rendevano illegittime le Commissioni militari vengono modificate:⁷⁶ la sospensione delle garanzie costituzionali, implicata dall'istituzione di questi

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² 126 S. Ct. 2824.

⁷³ 126 S. Ct. 2825.

⁷⁴ V. J.K. Elsea- K.R. Thomas, *Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus challenges in Federal Court*, cit., pp. 1 e 16ss.

⁷⁵ P.L. 109-366.

⁷⁶ Il provvedimento disciplina più in generale l'*habeas corpus* dei combattenti nemici detenuti anche fuori dalla Baia di Guantanamo e a parere di certa dottrina legittimerebbe la detenzione anche di cittadini americani senza obbligo di sottoporli a giudizio: J.K. Elsea- K.R. Thomas, *op. cit.*, 19ss. La legge tra l'altro nega esplicitamente l'applicabilità delle Convenzioni di Ginevra che, ancora una volta in ossequio ad una legge del Congresso, erano state considerate applicabili davanti alle Commissioni militari nel caso *Hamdan*: sul punto sia consentito rinviare a C. Bologna, *op. cit.*, p.816.

organi, diventa legittima nel momento in cui è avallata da un esplicito intervento del Congresso.

5. Questioni aperte: dalla tipizzazione dell'emergenza alla political question.

L'insieme dei provvedimenti e delle decisioni giudiziarie assunte dopo l'11 settembre ha aperto, come naturale, un ampio dibattito nella dottrina statunitense, che si confronta tuttora su varie questioni.

Prima fra queste è il tema tradizionale della legittimità degli stati d'eccezione e della necessità di una loro tipizzazione legislativa. Parte della dottrina ha infatti ribadito non solo l'inopportunità di una disciplina emergenziale che sacrifica i diritti alla sicurezza, ma ne ha soprattutto contestato l'utilità, ricordando come essa costituisca prevalentemente uno strumento politico volto ad attenuare il senso di insicurezza dei cittadini e destinato quindi a svilire la carta costituzionale attraverso un estemporaneo «costituzionalismo dimostrativo».⁷⁷

Altra dottrina⁷⁸ invece, ribadendo l'inevitabilità degli stati d'eccezione, ne ha proposto una maggiore tipizzazione, volta a ridurre soprattutto il ruolo dei giudici cui, al momento, è affidato *in toto* il compito di definire i limiti dell'emergenza stessa. In particolare la disciplina degli stati d'eccezione dovrebbe prevedere la possibilità di dichiarare l'emergenza solo dopo un attacco effettivo, come quello dell'11 settembre, per escludere l'abuso di tali dichiarazioni che si è verificato nei decenni passati; una volta che l'emergenza è stata dichiarata, tuttavia, anche i diritti costituzionali potrebbero essere sospesi ed in particolare le garanzie applicate al processo penale: in caso di attacco effettivo, come quello provocato da Al Qaeda, i comportamenti dei colpevoli non integrerebbero infatti mere fattispecie penali, ma atti analoghi ad un'ostilità bellica, atti «*between war and crime*».⁷⁹ Dopo la prima dichiarazione, infine, l'emergenza dovrebbe essere prorogata solo attraverso maggioranze crescenti e alle minoranze dovrebbe essere garantito un accesso agevolato alle informazioni sulla gestione dell'emergenza stessa.⁸⁰

La teoria appena illustrata, proposta da Bruce Ackerman, sembra in fondo trarre ispirazione dalla ricostruzione che, già nel 1948, Clinton Rossiter propose illustrando la

⁷⁷ V. L.H. TRIBE - P.O. GUDRIDGE, *op. cit.*, p. 1809

⁷⁸ B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, 113 Yale L. J. 1029 (2004).

⁷⁹ *Ivi*, p. 1032.

⁸⁰ *Ivi*, p. 1060-1061.

sua "Dittatura costituzionale":⁸¹ secondo questo autore, nonostante la sua pericolosità, l'instaurazione degli stati d'eccezione è inevitabile, ma vi è contemporaneamente la necessità di una loro disciplina costituzionale o legislativa, di una procedura puntuale per la loro apertura e per la loro conclusione, in grado di coinvolgere peraltro anche i componenti dell'opposizione parlamentare.

Su un punto ulteriore tuttavia Clinton Rossiter aveva insistito: la necessaria dualità tra l'organo che instaura lo stato di eccezione e quello che lo gestisce, l'esigenza insomma di preservare la separazione dei poteri almeno nel momento in cui vengono stabiliti l'*an* e il *quantum* delle facoltà del *dictator*. «In altre parole- scrive l'autore- nessun dittatore costituzionale dovrebbe essere auto-nominato».⁸²

E' proprio questo il punto che la Corte suprema sembra richiamare con le sue decisioni; come già sottolineato, le sentenze del 2004 e del 2006 riassegnano al Congresso una nuova centralità negli stati di eccezione, quantomeno nella definizione dei margini di autonomia del Presidente. La Corte insomma non sindacava radicalmente l'operato del Governo ma richiede solo una partecipazione di tutti i rami del Governo stesso alla gestione dell'emergenza. In questo senso la Corte americana si distingue quindi da altre Corti, quali il Tribunale costituzionale tedesco⁸³ o i *Law Lords* britannici,⁸⁴ che hanno invece sindacato direttamente parti della legislazione antiterroristica, valutandone la razionalità di scopo, la proporzionalità delle misure e la ragionevolezza nel caso in cui la legge realizzasse discriminazioni tra cittadini e non cittadini.⁸⁵

Proprio la questione della disparità di trattamento tra cittadini e stranieri è forse una cartina al tornasole del *self restraint* della Corte suprema americana sulle questioni legate all'emergenza. Come già ricordato, l'amministrazione Bush ha scelto infatti di operare una profonda discriminazione in base alla titolarità della cittadinanza statunitense: la prigionia a Guantanamo e il processo davanti alle Commissioni speciali composte di militari sono infatti trattamenti riservati solo agli *alien enemy combatants*, i combattenti nemici che non siano cittadini americani. Contrariamente a quanto accaduto in Gran Bretagna, però, i supremi

⁸¹ V. C. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship* (1948), Transaction Publishers, New Brunswick-Londra, 2002, pp. 297ss.

⁸² *Ivi*, p. 299.

⁸³ V. V. BALDINI, *Stato di prevenzione v. stato costituzionale di diritto: un nuovo capitolo di una storia infinita*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; C. PANARA, *I dilemmi del dopo 11 settembre: l'abbattimento "preventivo" degli aerei usati per attacchi suicidi è compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla vita? Una risposta parzialmente negativa viene dal Bundesverfassungsgericht*, in *Giur. cost.* 2006, pp. 1793ss.

⁸⁴ Si sofferma sulle differenze tra la giurisprudenza dei *Law lords* e quella della Corte suprema C. BASSU, *Il ruolo delle Corti nella lotta al terrorismo: una comparazione angloamericana*, in *Quad. cost.* 2006, pp. 467ss.

⁸⁵ R. BIN, *Democrazie e terrorismo*, in *Forum di Quad. cost.*

giudici statunitensi non applicano alcuno scrutinio di costituzionalità per violazione del principio di eguaglianza.⁸⁶ Anche nel caso *Korematsu* del 1944, relativo agli ordini di evacuazione degli americani di origine giapponese, la Corte suprema era stata interrogata sulla violazione dell'*equal protection clause*, sulla discriminazione operata in quell'occasione in ragione dell'etnia, ma anche allora, davanti all'emergenza, la Corte aveva fatto un passo indietro, sostenendo la legittimità della misura governativa.

La deferenza della Corte suprema ai *war-making branches of government* è tale da porre, nella stessa dottrina americana,⁸⁷ la questione se la legislazione d'emergenza costituisca in realtà una *political question*, una di quelle fattispecie, cioè, su cui la Corte ritenga di non doversi pronunciare, lasciando ogni decisione ai rami politici dello stato e alla loro legittimazione popolare.⁸⁸

Pur non essendovi ancora indicazioni precise sul tema⁸⁹ sembra innegabile tuttavia, nell'approccio della Corte suprema, un atteggiamento peculiare nei confronti degli stati di emergenza: per i giudici di Washington, contrariamente agli altri Tribunali costituzionali, il problema prevalente forse non è *come* decidere, ma *se* decidere.

Sembra quasi che, dinanzi ai momenti di grande difficoltà dello stato, riemerge il ruolo particolare che la sovranità popolare ha nella storia costituzionale americana: è il Popolo, *the People*, che, come ricorda il Preambolo della costituzione del 1787, ha posto in essere la Costituzione. Ancor prima, nel 1776, la Dichiarazione di Indipendenza aveva di fatto affermato "che uno stato può nascere attraverso un atto di volontà del popolo, che il popolo può dichiararsi sovrano, che un popolo può autocostruirsi e che lo può fare separandosi da un altro popolo di cui faceva storicamente parte".⁹⁰ Il vero valore fondante della cultura costituzionale americana diventa allora proprio la sovranità popolare e lo stesso ordinamento sembra fondarsi su questa, più che sulla sovranità della legge: il *nomos basileus*, nelle radici costituzionali americane, è sostituito dal «*demos basilueus*».⁹¹

⁸⁶ Si sofferma su tale questione N. KATYAL, *Global Constitutionalism: National Security and Constitutional Protection: Equality in the War on Terror*, 59. Stan. L.Rev. 1365 (2007)

⁸⁷ V. A.L. TYLER, *Is Suspension a Political question?*, 59 Stan. L. Rev. (2006).

⁸⁸ V. M.H. REDISH, *Judicial Review and the "Political Question"*, 79 Nw.U.L.Rev. 1031 (1985)

⁸⁹ Si segnala in proposito il caso pendente *Boumediene v. Bush* (06-1195) cui la Corte ha garantito *writ of certiorari* il 29 giugno del 2007 che potrebbe forse in materia dare un'indicazione definitiva. I giudici della Corte suprema hanno infatti accettato di decidere se il *Military Commission Act*, che ha definitivamente privato del diritto di *habeas corpus* i combattenti nemici stranieri, sia o meno legittimo ai sensi della *suspension clause* che, come abbiamo visto, prevede che il Congresso possa sospendere il diritto di *habeas corpus* solo «in caso di ribellione o invasione, se lo esiga la pubblica sicurezza» (art. I, sez. IX, claus. 2). Sulla questione che ha originato il caso *Boumediene* e le sue implicazioni v. J.K. Elsea- K.R. Thomas, *op. cit.*, pp. 2 e 24ss.

⁹⁰ T. BONAZZI, *Un «costituzionalismo» rivoluzionario. Il Demos Basileus e la nascita degli Stati Uniti*, in *Filosofia Poitica*, 1991, n. 2, p. 283.

⁹¹ *Ibidem*.

Coerentemente, nei momenti di emergenza, le radici sembrano riemergere, e la Corte suprema sceglie di cedere il passo alle decisioni assunte dagli organi dotati di legittimazione popolare.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali