

Hamdan v. Rumsfeld. Se il diritto si svuota dei suoi contenuti

di Matteo TONDINI *

Sommario: 1. Introduzione. Recenti pronunce della Corte Suprema statunitense e conclusioni della sentenza de quo. - 2. Background storico. - 3. La decisione della Corte d'appello distrettuale. - a. La mancanza di giurisdizione della Corte distrettuale sull'istanza di habeas corpus presentata dall'imputato. Ammissibilità del caso. - b. La violazione del principio di separazione dei poteri da parte del Presidente degli Stati Uniti nell'istituzione di commissioni militari. - c. L'attribuzione di diritti individuali da parte della III Convenzione di Ginevra del 1949. - d. La tutela offerta dalla III Convenzione di Ginevra all'imputato. - e. La compatibilità delle regole di procedura delle commissioni militari con il diritto interno statunitense. - f. Compatibilità delle norme interne sulla determinazione dello status di prigioniero di guerra con il giudizio innanzi le commissioni militari - g. La concurring opinion del giudice Williams. - 4. Conclusioni: se il diritto si svuota dei suoi contenuti

"L'attacco di al Qaeda agli USA ha prodotto anni di azioni deliranti e ai limiti della paranoia da parte del Governo americano. Il resto del mondo ha dovuto accettare il comando USA, utile a molti capi minacciati da minoranze separatiste e sovversive, facilmente ridefinite terroriste".

(William Pfaff)[1]

1. Ultima in ordine di tempo tra le decisioni giudiziarie emesse a seguito della possibilità per le Corti federali statunitensi di pronunciarsi in merito allo status di prigionieri di guerra dei detenuti nella base navale di Guantanamo (Cuba) e, in generale, all'applicabilità delle Convenzioni di Ginevra del 1949 agli individui catturati nel corso di operazioni militari antiterrorismo, la sentenza in questione si pone in netto contrasto con le linee di tendenza emerse a seguito delle sentenze pronunciate dalla Corte Suprema americana nel giugno 2004[2]. Come noto, le sentenze in parola avevano sia posto in seria discussione la definizione del Presidente degli Stati Uniti di "nemici combattenti" riguardo ad alcuni individui appresi in costanza delle operazioni militari in Afghanistan, sia stabilito con fermezza la possibilità di verifica dello status di combattente legittimo degli imputati innanzi l'Autorità giudiziaria ordinaria. Pertanto, le decisioni della Corte Suprema finivano per costituire "una sostanziale bocciatura dell'indirizzo dell'amministrazione Bush, ma soprattutto un memento sui fondamentali della forma di Stato e sui limiti di tempo e qualità ad ogni intervento che tenda a vulnerare i diritti individuali ed il principio della separazione dei poteri posto alla base del sistema statunitense" [3].

Pertanto, le decisioni della Corte Suprema finivano per costituire "una sostanziale bocciatura dell'indirizzo dell'amministrazione Bush, ma soprattutto un memento sui fondamentali della forma di Stato e sui limiti di tempo e qualità ad ogni intervento che tenda a vulnerare i diritti individuali ed il principio della separazione dei poteri posto alla base del sistema statunitense" [3].

Al contrario, al termine del giudizio d'appello promosso dal Governo americano[4] contro Salim Ahmed Hamdan, 34enne cittadino yemenita, la Corte d'appello di circuito ha riformato nel merito il giudizio di primo grado della Corte distrettuale[5] del District of Columbia (che aveva invece accolto la gran parte delle istanze presentate dall'imputato), concludendo, inter alia:

che la commissione militare incaricata di giudicare l'imputato Hamdan è stata autorizzata dal Congresso;

che le Convenzioni di Ginevra del 1949 non conferiscono ai singoli diritti individuali tutelabili innanzi le Corti Federali;

che le citate convenzioni non si applicano all'organizzazione terroristica al Qaeda e ai suoi membri; che l'ordine del Presidente degli Stati Uniti di non considerare applicabili al prigioniero le previsioni di cui all'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949 prevale sull'eventuale applicabilità dell'art. stesso nei confronti degli individui catturati nell'ambito delle operazioni militari.

2. Hamdan venne catturato dalle Forze dell'Alleanza del Nord alla fine del novembre 2001 e subito consegnato alla autorità militari statunitensi, che lo internarono a Camp Delta (Guantanamo - Cuba). In seguito, solamente il 3 luglio 2003 il Presidente Bush firmava un ordine con cui dichiarava "che vi fossero ragioni per ritenere Hamdan membro di al Qaeda o comunque coinvolto in atti di terrorismo contro gli Stati Uniti". Come tale, il sospetto ricadeva nell'ambito di applicazione delle misure contenute nel President's Military Order[6] e quindi veniva sottoposto alla giurisdizione delle military commissions, ivi previste. In conseguenza, nel dicembre 2003, il detenuto in parola veniva trasferito in un'area riservata del centro di detenzione di Guantanamo (Camp Echo) e tenuto in isolamento.

Nell'aprile 2004 Hamdan presentava istanza di habeas corpus[7] innanzi la Corte distrettuale del District of Columbia[8], sebbene di lì a poco venisse accusato dal Governo americano di "complotto nella commissione di attacchi contro obiettivi civili, omicidio e distruzione di proprietà privata commessi da combattente illegittimo, e terrorismo". Le accuse riguardavano il presunto personale rapporto che aveva legato l'imputato ad Osama bin Laden, essendo egli stato autista e guardia del corpo di quest'ultimo dal 1996 al 2001. Sulla scorta di quanto stabilito dalla Corte Suprema nel giudizio Hamdi v. Rumsfeld[9], ovvero il diritto al controllo giudiziario del proprio status di prigioniero di guerra, la posizione di Hamdan veniva sottoposta a revisione da parte di un Combatant Status Review Tribunal, che parimenti confermava la qualifica di "enemy combatant" e di membro o affiliato ad al Qaeda, giustificandone la detenzione.

In seguito, l'8 novembre 2004 la Corte distrettuale del District of Columbia, che aveva giudicato ricevibile l'istanza precedentemente avanzata dall'imputato, accoglieva in parte le ragioni addotte da quest'ultimo, decidendo che lo stesso non potesse essere giudicato da una commissione militare[10] fino a che un giudice terzo ne avesse stabilito lo status ai sensi della III Convenzione di Ginevra del 1949. In tal modo la Corte distrettuale riconosceva che la citata Convenzione, da un lato garantiva diritti individuali il cui esercizio poteva essere oggetto del giudizio di Corti Federali, dall'altro andava a prevalere sull'ordine presidenziale che attribuiva lo status del prigioniero come combattente illegittimo. Difatti, anche se un "tribunale competente" (come il Combatant Status Review Tribunal di Guantanamo) avesse accertato tale status e l'imputato fosse stato sottoposto a giudizio da parte di commissioni militari, le regole di procedura di queste ultime avrebbero dovuto essere modificate per poter essere assimilabili a quelle proprie della procedura penale militare, accordante le garanzie processuali ordinarie per l'imputato. Il 16 novembre 2004 il Governo americano presentava appello avverso la decisione del giudice di primo grado.

Il 22 novembre 2004 Hamdan presentava, a sua volta, istanza di writ of certiorari innanzi la Corte Suprema degli Stati Uniti[11], che però veniva rigettata il 18 gennaio 2005 senza ulteriori motivazioni[12].

3. A termine dell'iter processuale descritto, il giudizio della Corte d'appello viene reso il 15 luglio 2005 e riguarda diverse questioni, di seguito riassunte.

a. In merito all'ammissibilità dell'appello presentato, la Corte rileva come un precedente della Corte Suprema del 1942, relativo ad un sabotatore tedesco catturato a Long Island (Ex parte Quirin[13]), stabiliva l'ammissibilità dell'istanza di habeas corpus dell'imputato e la conseguente eventuale giurisdizione della Corte distrettuale competente. In altri due precedenti (Schlesinger v. Councilman, del 1975 e New v. Cohen del 1997) era stato stabilito dalla giurisprudenza statunitense (suprema e distrettuale) che il principio del previo esperimento di ogni rimedio nel corso di un procedimento giudiziario militare, come necessario all'ammissibilità del successivo ricorso innanzi il giudice ordinario, ammette deroga nel caso in cui si contesti la stessa giurisdizione militare. L'istanza presentata dall'imputato Hamdan alla Corte distrettuale era difatti precedente al secondo grado di giudizio innanzi il Combatant Status Review Tribunal, anche se, osserva la Corte, Hamdan non aveva sostenuto, nell'istanza presentata, il difetto di giurisdizione militare sul suo caso, ma la giurisdizione della sola commissione militare incaricata di giudicarlo. L'istanza risulta pertanto ammissibile.

b. La Corte d'appello, esaminando due precedenti della Corte Suprema (Ex parte Quirin, cit., e In re Yamashita, del 1946[14]) afferma che il fatto che non sia stato dichiarato

formalmente lo stato di guerra o che le operazioni militari in Afghanistan fossero condotte contro un soggetto non statale, non rileva ai fini dell'applicabilità della legge marziale. La base giuridica ove la Corte poggia simili argomentazioni si rinviene nella risoluzione congiunta del Congresso americano in risposta agli eventi dell'11 settembre 2001[15], laddove si autorizza il Presidente "ad utilizzare tutta la forza necessaria ed appropriata contro quelle nazioni, organizzazioni o persone che egli ritenga abbiano pianificato, autorizzato, commesso o favorito" gli attacchi contro il Paese.

Del resto, la Corte afferma come il Congresso abbia autorizzato il Presidente Bush, Comandante in capo delle Forze Armate, all'adozione di misure non solo "per combattere e sconfiggere il nemico, ma anche per internare e sottoporre a sanzioni disciplinari quei nemici che, nel tentativo di ostacolare o impedire lo sforzo bellico, violano le leggi di guerra" (In re Yamascita, cit.). La Corte dichiara altresì che il Presidente, nell'emanazione dell'Order si è avvalso del titolo 10, sez. 821 dell'U.S. Code, che riporta la giurisdizione concorrente di corti militari e commissioni militari. Peraltro la sez. 836 dello stesso titolo autorizza il Presidente a stabilire regole di procedura ad hoc per simili commissioni militari che devono altresì, allorquando il Presidente considera la cosa praticabile, rispettare i principi di diritto e le regole di formazione della prova generalmente riconosciuti nelle Corti distrettuali.

c. Riferendosi all'invocabilità, da parte dell'imputato, della III Convenzione di Ginevra, la Corte prosegue rilevando come, generalmente, gli accordi internazionali non attribuiscono diritti individuali che possono essere fatti valere innanzi i giudici interni[16]. Tale impossibilità si estenderebbe anche alla III Convenzione di Ginevra, date le sentenze rese dalla Corte Suprema nel caso *Johnson v. Eisentrager* (1950)[17] e dalla Circuit Court del District of Columbia in *Holmes v. Laird* (1972). In *Johnson v. Eisentrager* la Corte Suprema aveva affermato che, sebbene la citata convenzione prevedesse diritti individuali, gli stessi non potessero essere fatti valere innanzi le corti federali poiché "la responsabilità per l'osservanza e la tutela di tali diritti è posta in capo alle Autorità politiche e militari". In *Holmes v. Laird* la Circuit Court aveva parimenti negato la propria giurisdizione su alcune previsioni contenute in articoli del NATO Status of the Force Agreement riguardanti diritti dei singoli individui, poiché derivanti da un accordo internazionale, stipulato da soggetti di diritto internazionale.

Del resto, osserva la Corte, il precedente della Corte Suprema nel caso *Rasul v. Rumsfeld* (cit.), non impedisce di affermare la non - azionabilità diretta delle previsioni contenute nella Convenzione innanzi le Corti federali, poiché in tale giudizio si è solamente accertata la giurisdizione delle Corti distrettuali sulle istanze avanzate da stranieri detenuti in custodia militare, talché una cosa è l'accertare la giurisdizione un'altra è pronunciarsi circa il merito delle questioni poste. La Corte riporta anche il caso *Huynh Thi Anh v. Levi*, già richiamato in *Hamdi* (III-B), laddove una Circuit Court, nel 1978, aveva affermato il medesimo principio relativamente alla IV

Convenzione di Ginevra.

d. In merito alla tutela offerta dalla III Convenzione di Ginevra all'imputato, la Corte afferma che se anche le Corti federali potessero garantire la tutela dei diritti individuali previsti nella III Convenzione di Ginevra, l'imputato non potrebbe comunque beneficiare della Convenzione medesima, in quanto:

i. non rientrerebbe nella definizione di prigioniero di guerra di cui all'art. 4 della Convenzione[18] per la mancanza di segni distintivi al momento della cattura e per la violazione delle leggi e costumi di guerra (inoltre se Hamdan volesse contestare il proprio status, ai sensi delle regole di procedura, dovrebbe rivolgersi alla commissione militare competente);

ii. la stessa non si applica ad al Qaeda e ai suoi membri, poiché né questa rappresenta un'entità statale, né si ha notizia che abbia mai accettato di sottoporsi volontariamente alla Convenzione (art. 2)[19]. Inoltre, il carattere di conflitto armato internazionale impedirebbe l'applicazione dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra[20], che, se applicato, sostiene Hamdan, escluderebbe la giurisdizione delle military commissions.

Mentre il Presidente ha politicamente tenuto separato il conflitto con l'Afghanistan da quello con al Qaeda, riservando solamente al primo il carattere di internazionale, la Corte distrettuale di primo grado aveva ritenuto trattarsi di un unico conflitto. La Corte d'appello sostiene l'infondatezza del distinguo operato dalla Corte distrettuale, sulla base dell'anteriorità cronologica del conflitto con al Qaeda, scoppiato prima, ovvero l'11 settembre 2001, e rileva come quest'ultimo sia "internazionale nello scopo", cosiccome affermato dal Presidente, e non interno all'Afghanistan. Ergo, l'art. 3 non troverebbe applicazione.

Anche postulando l'applicabilità di detto articolo, afferma la Corte, la questione risiede non sul se l'imputato possa essere giudicato da una commissione militare, ma sul come egli sia giudicato. Ogni ricorso contro un provvedimento restrittivo della libertà personale dovrebbe essere comunque rivolto ad una Corte federale.

e. Venendo alla compatibilità delle regole di procedura delle commissioni militari con il diritto interno statunitense, la Corte rileva come l'art. 36 dell'Uniform Code of Military Justice, ripreso, come visto, poc'anzi dal titolo 10, sez. 836, dell'U.S.C. affermi che le commissioni e i tribunali militari debbano funzionare mediante regole procedurali che rispettino i principi di diritto e le regole di formazione della prova generalmente riconosciuti nelle Corti distrettuali "ma che non possono essere contrarie o incompatibili" con le disposizioni "di questo capitolo". Tale ultimo inciso si riferirebbe, secondo la Corte, ai soli procedimenti innanzi i tribunali militari ordinari e non

riguarderebbe le commissioni militari, che dovrebbero, nelle parole della Corte, conformarsi alle sole regole di procedura proprie delle sole commissioni militari. La Corte cita il caso *Madsen v. Kinsella* (1952)[21], laddove la Corte Suprema si riferisce alle military commissions chiamandole "corti di common law", senza regole di procedura codificate o giurisdizione stabilita da un regolamento.

f. Per ciò che concerne la compatibilità delle norme interne sulla determinazione dello status di prigioniero di guerra con il giudizio innanzi le commissioni militari, l'Army Regulation 190-8[22] richiede che, qualora vi fossero dubbi in merito, un "tribunale competente" determini lo status di ogni persona "che appare non rivestire lo status di prigioniero di guerra, ma che ha commesso un atto di guerra o è stato impegnato in azioni ostili in supporto delle Forze armate nemiche" (para. 1-6b). Il regolamento in parola determina poi la composizione del "tribunale competente" (para. 1-6c), che, nel giudizio della Corte, appare in linea con il dettato delle regole di procedura emanate per le commissioni militari.

Sebbene poi il citato regolamento dell'Esercito riporti la III Convenzione di Ginevra tra i principali trattati rilevanti, ispiratori delle proprie fonti (para. 1-1 (b)3), lo stesso va a dichiarare che la protezione ai sensi della Convenzione in parola viene accordata qualora non venga rilevato altro status da parte di un' "Autorità competente". Un ambito di applicazione, quindi, meramente residuale. La Corte afferma che non vi sono ragioni per non ritenere che il Presidente rivesta una simile Autorità, e che, pertanto, la determinazione fatta dal Presidente di Hamdan come combattente illegittimo deroghi all'applicazione in concreto della III Convenzione di Ginevra.

g. La sentenza si chiude con la concurring opinion del giudice Williams, che nulla toglie alle argomentazioni viste poc'anzi. Secondo il citato Senior Circuit Judge, l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 troverebbe applicazione nel conflitto contro al Qaeda, ma non potrebbe comunque essere invocato davanti ad una Corte federale, dato l'assunto di cui al para. c). Pertanto il giudice Williams si dice pienamente d'accordo con il giudizio della Corte.

4. Sulla capziosità e contraddittorietà in sé delle argomentazioni a sostegno dello status di "combattente nemico" per gli individui catturati nel corso delle operazioni militari in Afghanistan si può utilmente rimandare all'estesa letteratura in materia[23]. Pertanto, le considerazioni da esporsi potranno più utilmente riguardare la sola applicazione dei principi di diritto nel caso in esame.

La distorsione più evidente tra le numerose enunciate può ritenersi quella che, da un lato, garantisce l'accesso dell'imputato alla giurisdizione ordinaria, onde valutare il proprio status di prigioniero di guerra, che però per acclararsi necessita dell'applicabilità delle previsioni contenute in un trattato internazionale, ovvero la III Convenzione di Ginevra del 1949, che, nelle parole della

sentenza de quo, non troverebbe applicazione, poiché un ordine presidenziale crea, ex novo o quasi, una categoria giuridica ("i combattenti nemici") che si sottrae tanto alla giurisdizione militare che a quella ordinaria. Talché, da un lato, le disposizioni di cui alla citata Convenzione perdono di effettività, rimanendo un vuoto contenitore di norme prive di alcuna azionabilità, dall'altro, concretamente, anche se applicate al caso in questione, esse rimarrebbero inattuato per la mancanza delle più elementari garanzie processuali atte ad assicurare un equo giudizio, e quindi risulterebbero inefficaci.

La sentenza esaminata poggia inoltre su precedenti giudiziari relativi ad un passato anteriore al diritto di Ginevra e all'odierna determinazione di della categoria dei combattenti legittimi. Pertanto, proprio l'applicabilità dei precedenti medesimi appare dubbia e priva di fondamento giuridico, quand'anche gli stessi vengano citati in altri giudizi[24] aventi il medesimo oggetto del contendere. Illogico appare inoltre il ragionamento seguito dal giudice americano nell'affermare la sottraibilità delle commissioni militari alle normali regole procedurali di garanzia previste per gli imputati nel corso di giudizi innanzi l'Autorità giudiziaria militare. Il fatto che una sentenza del 1952 affermi che le citate commissioni operino senza regolamenti procedurali predefiniti e seguano principi di common law non dovrebbe inoltre far dimenticare come proprio un ordinamento di common law risulti tanto più sensibile alle modifiche e alle interpretazioni dei principi di diritto intercorse nell'ordinamento interno ed internazionale nell'arco di più di cinquanta anni. Visto inoltre che i precedenti relativi all'impiego di commissioni militari si rinvergono nella Guerra di Secessione americana (1861 - 1865), nella guerra contro il Messico (1846 - 1848) e nell'insurrezione delle Filippine (1896 - 1897), quali principi di diritto comune relativi alle garanzie processuali troverebbero applicazione? Quelli ottocenteschi?

In conclusione, la sentenza prospetta evidenti elementi di censurabilità sul piano del diritto sostanziale e, più in generale, mette in evidenza un ulteriore problema irrisolto, ovvero l'effettivo accesso alle garanzie previste dal diritto dei conflitti armati e, generalmente, dai diritti umani da parte di coloro che si ritrovano imprigionati in vuoti giuridici, creati appositamente per scavalcare quelle garanzie processuali che trovano fondamento nell'acclaramento della verità (processuale), e non nella messa in libertà dei colpevoli.

* Dottorando in Sistemi Politici e Cambiamento Istituzionale presso l'IMT (Istituzioni, Mercati, Tecnologie) Alti Studi - Lucca; dottore in giurisprudenza e Master in Studi Internazionali Strategico Militari presso il CASD (Centro Alti Studi per la Difesa - Roma).

[1] Cfr. W. Pfaff, Gli integralisti avviati verso un futuro di sconfitte, in Corriere della sera, 17 ottobre 2004, p. 2.

[2] Hamdi v. Rumsfeld, Rumsfeld v. Padilla e Rasul v. Bush, tutte emesse dalla Corte Suprema il 28 giugno 2004. Sul tema cfr. A. De Petris, Guantánamo: un buco nero nella "terra della libertà", online paper dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/guantanamo/guantanamo.doc>.

[3] Cfr.. F. Lanchester, La Corte Suprema e l'emergenza, online paper dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 6 settembre 2004, disponibile su http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/lanchester_20040906.html.

[4] United States (U.S.) Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld, et al., No. 04-5393, July 15, 2005. Il testo della sentenza è riportato su <http://www.asil.org/pdfs/Hamdanv.Rumsfeld.pdf>.

[5] Sentenza disponibile su <http://www.dcd.uscourts.gov/04-1519.pdf>. Per un'ampia disamina degli atti giudiziari inerenti il caso Hamdan cfr. http://www.humanrightsfirst.org/us_law/inthecourts/supreme_court_hamdan.htm.

[6] Il Military Order n. 1, comprensivo del President's Military Order del 13 novembre 2001 è disponibile su <http://www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf>. Il President's Military Order del 13 novembre 2001, relativo alla "detenzione, al trattamento ed al processo di determinati soggetti, non cittadini, nella guerra contro il terrorismo", finisce per riconoscere ai soli cittadini americani appresi in costanza delle operazioni militari anti-terrorismo un processo davanti ad una Corte federale, sottoponendo i non cittadini alla detenzione in basi militari e alla giurisdizione di apposite commissioni militari. In base alla sez. 2 del Military Order, le disposizioni contenute nell'atto in parola vengono applicate ad "ogni individuo che non sia cittadino statunitense e che appartenga all'organizzazione di al Qaeda o sia coinvolto in qualsiasi modo in azioni terroristiche". Tale atto è stato da più parti considerato illegittimo per i contenuti discriminatori delle proprie disposizioni, evidentemente contrarie ai Patti sui diritti civili e politici del 1966, e alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984 oltre che, più generalmente, alla III Convenzione di Ginevra del 1949, laddove se ne ravvisi l'applicabilità. Per un'analisi comparata delle misure discriminatorie anti - terrorismo nella legislazione britannica cfr. M. Tondini, Misure di sicurezza antiterrorismo. Leggi speciali e prevenzione del terrore nel Regno Unito, in [Politicaestera.org](http://www.politicaestera.org), n. 11, luglio - agosto 2005, disponibile su http://www.politicaestera.org/numeri/11/misure_sicurezza_%20terrorismo_regno_unito_tondini.pdf.

[7] Istituto di common law derivato dall'Habeas Corpus Act del 1679, vero pilastro del diritto penale anglosassone. Promulgato dal Parlamento contro il Re Carlo II, al fine di evitare possibili abusi ai danni dei cittadini tratti in arresto, sanciva il diritto di ogni imputato, già esistente dal 1627, a conoscere le ragioni della propria detenzione e ad ottenere la libertà provvisoria dietro pagamento di una adeguata cauzione. Oltre all'istituto della cauzione, l'Act prevedeva termini temporali, a decorrere dal giorno della richiesta avanzata dall'imputato, oltre i quali lo stato di detenzione diventava illegittimo (tre giorni).

[8] Sulla base del General Federal Habeas Corpus Statute, 28 U.S.C. § 2241, che autorizza le Corti distrettuali a ricevere, nell'ambito della giurisdizione di propria competenza, istanze di habeas corpus da parte di persone che sostengano di essere detenute in violazione delle [...] leggi degli Stati Uniti" (disponibile su http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/37mcrm.htm).

[9] Tale sentenza, tra l'altro, affermava il diritto di ogni cittadino americano ad esperire ogni via legale per contestare la legittimità della propria detenzione, aggiungendo che "ogni dibattito in cui le asserzioni di fatto dell'Esecutivo sono semplicemente ritenute corrette, senza alcuna opportunità per il supposto combattente nemico di fornire prove in senso contrario, presenta profili di incostituzionalità".

[10] Organo giudicante di tipo amministrativo, non giurisdizionale, nominato ad hoc dal Presidente degli Stati Uniti, funzionante secondo regole procedurali da questi predisposte, che, inter alia, prevedono per il Presidente medesimo ogni potere di esercizio dell'azione penale, di esecuzione della pena (detentiva o capitale), e di ogni eventuale decisione sulla revisione di giudizi emessi, nel contempo non garantendo all'imputato le normali garanzie difensive previste dagli ordinari istituti del diritto processuale. La costituzione delle commissioni in parola viola palesemente anche i principi di tassatività, riserva di legge e irretroattività della legge penale. Sul tema cfr. C. Bonini, Guantanamo : Usa, viaggio nella prigione del terrore, Einaudi, Torino, 2004.

[11] Ovvero un'istanza volta a richiedere un "ordine di inoltro" del fascicolo processuale alla Corte Suprema per una successiva disamina del caso, che rimane però discrezionale. Qualunque soggetto soccombente in giudizio, in qualunque grado del processo, può, laddove lamenti un vizio di costituzionalità, chiedere alla Corte Suprema che venga emesso un "ordine di inoltro". In caso di accettazione dell'istanza in parola, il giudice a quo dovrà pertanto inviare l'intero fascicolo processuale alla Corte Suprema. L'istanza di Hamdan è disponibile su <http://www.fairgofordavid.org/pubdocs/Cert.pet.pdf>. Il ricorso in opposizione del Governo americano, relativo allo stesso giudizio, è disponibile su

<http://www.law.georgetown.edu/faculty/nkk/documents/hamdan.bio.pdf.pdf>.

[12] Ordinanza disponibile su
http://conlaw.usatoday.findlaw.com/supreme_court/orders/2004/011805pzor.pdf.

[13] Disponibile su
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/317/1.html>. In realtà, la Corte Suprema, nel caso in questione, aveva rigettato il ricorso dell'imputato, pronunciandosi però allo stesso tempo nel merito del caso.

[14] Disponibile su
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/327/1.html>.

[15] Disponibile su http://www.pbs.org/newshour/bb/military/terroristattack/joint-resolution_9-14.html.

[16] I giudici della Corte d'appello si rifanno alla codificazione dell'American Law Institute (ALI) sul diritto di common law relativo alle relazioni internazionali (cfr. Restatement (Third) Of The Foreign Relations Law Of The United States - 1987, disponibile su <http://www.ali.org/ali/foreign.htm>).

[17] Disponibile su <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=339&invol=763>.

[18] Art. 4 (A): "Sono prigionieri di guerra, nel senso della presente Convenzione, le persone che, appartenendo ad una delle seguenti categorie, sono cadute in potere del nemico: [...] (2) i membri delle altre milizie e degli altri corpi di volontari, compresi quelli dei movimenti di resistenza organizzati, appartenenti ad una Parte belligerante e che operano fuori o all'interno del loro proprio territorio, anche se questo territorio è occupato, semprechè queste milizie o questi corpi di volontari, compresi detti movimenti di resistenza organizzati, adempiano le seguenti condizioni: a. abbiano alla loro testa una persona responsabile dei propri subordinati; b. rechino un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza; c. portino apertamente le armi; d. si uniformino, nelle loro operazioni, alle leggi e agli usi della guerra. Il testo della III Convenzione di Ginevra è riportato in Stato Maggiore della Difesa, I Reparto - Ufficio Addestramento e Regolamenti, Manuale di Diritto Umanitario, Vol. III, SMD - G - 014, Roma, 1991, p. 107 e ss.

[19] Art. 2^o: "Se una delle Potenze belligeranti non partecipa alla presente Convenzione, le Potenze che vi hanno aderito rimangono cionondimeno vincolate dalla stessa nei loro rapporti reciproci. Esse sono inoltre vincolate dalla Convenzione nei confronti di detta Potenza, semprechè questa ne accetti e ne applichi le disposizioni".

[20] Art. 3': "Nel caso in cui un conflitto armato che non presenti carattere internazionale scoppiasse sul territorio di una delle Alte Parti contraenti [...] (co. 2) A questo scopo, sono e rimangono vietate, in ogni tempo e luogo, nei confronti delle persone sopra indicate [...] d. le condanne pronunciate e le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai popoli civili".

[21] Disponibile su
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/343/341.html>.

[22] Disponibile su <http://www.cdi.org/news/law/190-8.pdf>.

[23] Di sicuro interesse cfr. J. J. Paust, There Is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11th, The American Society of International Law Task Force on Terrorism, November 2002, disponibile su <http://www.asil.org/taskforce/paust.pdf>. Dello stesso A., cfr. Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq and Beyond, in Cornell International Law Journal, Vol. 35, No. 3, 2002, p. 533 e ss. In aggiunta, cfr. J. Fitzpatrick, Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism; J. Fitzpatrick, U.S. Military Commissions: One of Several Options; M. J. Matheson, U.S. Military Commissions: One of Several Options, in American Journal of International Law, Vol. 96, No. 2, 2002, pp. 345 - 358; A. de Zayas, Human rights and indefinite detention, in International Review of the Red Cross, Vol. 87, No. 857, 2005, p. 15 e ss. Per una semplice e sintetica analisi dello status indefinito dei prigionieri di Guantanamo, cfr. D. Scaglione, Baghdad, Kabul, Belgrado: la democrazia va alla guerra, Adnkronos libri, Roma, 2003, p. 88 e ss.; R. Falk, L'eclisse dei diritti umani, in Linda Bimbi (a cura di), Not in my name, Editori Riuniti, Roma, 2003, p. 79 - 84. Ancora, cfr. R. Oliveri del Castillo, Diritti umani nell' America del XXI secolo, in Osservatorio sulla Legalità e sui Diritti, 2 maggio 2004, disponibile su <http://www.osservatoriosullalegalita.org/04/approf/giu/02guantanamo.htm>; Human Rights First, Gonzales on Military Commissions, disponibile su http://www.humanrightsfirst.com/us_law/etn/gonzales/briefs/brief_20041209_Gonz_%20MC.pdf.

[24] Ad es., Johnson v. Eisentrager (cit.) viene riportata in Rasul v. Bush (cit.) per giustificare l'ammissibilità dell'istanza di habeas corpus avanzata dall'imputato.