

Gli *enemy combatants* detenuti a Guantanamo e le deroghe al giusto processo

Di Alessandro Giovanni Masotti

Abstract: *The enemy combatants detained at Guantanamo and the waivers of due process of law* - The article illustrates the complex relationship between due process of law and enemy combatants detained at Guantanamo. Through a historical reconstruction of congressional, executive, and judicial efforts to address this issue, it finds that they have chosen not to apply constitutional guarantees, particularly due process of law, to this category of detainees. The article offers a possible solution to this problem, believing that it is already present in the pronouncements of the Supreme Court, and specifically in *Boumediene v. Bush* of 2008.

Keywords: Guantanamo; Due process of law; Habeas corpus; Executive orders; U.S. Supreme Court.

1. Introduzione

Il trattamento dei detenuti (*enemy combatants*) nella base navale americana di Guantanamo, collocata a Cuba, costituisce una dimostrazione del complesso rapporto intercorrente tra misure antiterrorismo e tutela dei diritti fondamentali.

La vicenda inizia con gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, che sono stati senza precedenti per portata e impatto. La perdita di numerose vite umane e i notevoli danni alle proprietà hanno dimostrato la presenza di una minaccia chiara ed estremamente pericolosa per la sicurezza pubblica degli Stati Uniti d'America e del mondo occidentale.

A seguito di questi tragici eventi, la risposta del Governo americano nei confronti dei soggetti ritenuti conniventi con la rete terroristica "Al Qaeda", responsabile degli attacchi, non si è fatta attendere.

Gli Stati Uniti hanno guidato una campagna militare in Afghanistan per destituire il regime talebano, colpevole di aver ospitato e sostenuto Osama Bin Laden (guida di Al Qaeda) e i suoi seguaci. Nel corso del conflitto, iniziato nel 2002 e terminato nel 2021, centinaia di individui, sospettati di essere direttamente o indirettamente coinvolti nella rete terroristica, sono stati fatti prigionieri e detenuti nelle carceri militari in Afghanistan o in altre parti del mondo, per poi essere trasferiti nella base navale di Guantanamo.

All'interno della struttura sono transitate circa 780 persone, delle quali oggi ne rimangono ancora 15, sette stanno affrontando un processo, solo due sono state condannate, tre sono detenute senza un'accusa e tre sono

idonee a lasciare la prigionia¹. Tutto questo nonostante lo stesso Presidente Bush nel 2006 avesse manifestato l'intenzione di chiudere il campo², così come il suo successore Obama con un Ordine Esecutivo, emesso due giorni dopo il suo insediamento, avesse ordinato che la prigionia venisse chiusa entro l'anno³. Da ultimo anche l'Amministrazione Biden ha detto di volerla chiudere entro la fine del mandato del Presidente⁴. Mentre il Presidente Trump, né nel primo mandato né nel primo anno del secondo, non ha mai manifestato l'intenzione di chiudere il campo di prigionia.

Per salvaguardare la sicurezza degli Stati Uniti, questi detenuti hanno visto restringere, se non sacrificare, molteplici diritti fondamentali primi tra tutti quelli della libertà personale e del diritto a un giusto processo. Quest'ultimo è il principio che nel panorama americano viene esplicitato nella clausola costituzionale del *due process of law* contenuta nel V e nel XIV Emendamento della Costituzione⁵.

Il presente contributo, intende analizzare in primo luogo le modalità con cui il Governo americano, nonostante le garanzie apprestate dalla Costituzione e dalle regole del diritto internazionale, è riuscito a detenere (nella maggioranza dei casi) i nemici combattenti senza accuse e senza un processo penale.

Verrà poi considerata la giurisprudenza con cui la Corte Suprema ha stabilito che anche i detenuti di Guantanamo abbiano diritto a presentare istanze di *habeas corpus* nei Tribunali statunitensi e le successive spinte contrarie che hanno depotenziato questi approdi.

Infine, si rifletterà sull'attualità di questa tematica, mettendo in luce in particolare tre aspetti. Il primo è rappresentato dalla fine della guerra in Afghanistan, la quale era una delle ragioni giustificative della detenzione riconosciuta anche dalla Corte Suprema. Il secondo è dato da una pronuncia della Corte di Appello di D.C. del 2023 che, «assuming without deciding», non chiude alla possibilità che ai detenuti si applichi la *Due Process Clause*⁶. Il terzo è rappresentato dall'*empasse* venutasi a creare attraverso le disposizioni contenute nell'Ordine Esecutivo del Presidente Obama n. 13567 del 7 marzo

¹ The New York Times, *The Guantánamo Docket*, in <https://www.nytimes.com/interactive/2021/us/guantanamo-bay-detainees.html#rec-transfer>.

² CBS News, *Bush Says He Wants To Close Guantanamo*, in <https://www.cbsnews.com/news/bush-says-he-wants-to-close-guantanamo/>.

³ Executive Order 13492, *Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*, (2009).

⁴ CNN Politics, *Biden administration says it intends to close Guantanamo prison*, in <https://edition.cnn.com/2021/02/12/politics/biden-guantanamo-bay/index.html>.

⁵ Il *Fifth Amendment* prevede che «No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law [...]».

Il *Fourteenth Amendment* prevede che «All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.».

⁶ V. *Al-Hela v. Biden*, 66 F.4th 217 (D.C. Cir. 2023) (*en banc*).

2011⁷. Oggi il *Periodic Review Board*, istituito da quest'ultimo atto, ritiene che tre detenuti non siano più una minaccia per la sicurezza degli USA e possano essere trasferiti, senonché questo non avviene poiché lo stesso Ordine Esecutivo richiede che il Governo organizzi un trasferimento adeguato che tuteli tanto il detenuto quanto gli USA.

2. Gli *enemy combatants*

Dopo la rivendicazione da parte di Al Qaeda dell'attacco terroristico dell'11 settembre 2001, il Congresso americano ha emesso la Joint Resolution n. 23 con cui il Presidente è stato autorizzato a impiegare tutta la forza necessaria e appropriata contro le nazioni, le organizzazioni o le persone che egli ritenga abbiano pianificato, autorizzato, commesso o aiutato gli attacchi terroristici o che le abbiano ospitate⁸. Questo al fine di prevenire qualsiasi futuro atto di terrorismo internazionale contro gli Stati Uniti⁹.

Sulla base di questi ampi poteri, il Presidente Bush ha emesso un Ordine Esecutivo che ha consentito la detenzione a tempo indeterminato degli individui sospettati di essere membri di Al Qaeda o di essere ad essa legati¹⁰.

La ragione principale della detenzione è quella di evitare ai nemici di tornare sul campo di battaglia¹¹. Attraverso questa misura è l'Esecutivo, senza alcun coinvolgimento di un Tribunale, che determina lo status degli individui arrestati ai quali, pur attribuendo violazioni del diritto internazionale, non vengono applicate le disposizioni della Convenzione di Ginevra del 1949 sui prigionieri di guerra. Infatti, il Governo ha negato l'applicazione di quest'ultima ai detenuti di Guantanamo poiché al momento della cattura questi non indossavano uniformi o segni di appartenenza a uno Stato in guerra e per tale ragione non potevano considerarsi prigionieri di guerra. Diversamente sono stati ritenuti "*enemy combatants*" o "*enemy aliens*".

In tutti e due i casi il soggetto, catturato fuori dal territorio federale e in zone di guerra, è stato ritenuto coinvolto in attività terroristiche ai danni degli USA o dei loro interessi esteri. Il Presidente, attraverso l'adozione di un Military Order, ha il potere di limitare la libertà personale di coloro che vengono identificati come "nemici combattenti" senza che venga formalizzato un preciso capo di accusa, senza la garanzia dell'assistenza di

⁷ Executive Order 13567 *Periodic Review of Individuals Detained at Guantánamo Bay Naval Station Pursuant to the Authorization for Use of Military Force*, (2011).

⁸ Meglio conosciuta come *Authorization for the Use of Military Force (AUMF)* è la Pub. L. 107-40, 115 Stat. 224, 2001.

⁹ In molti ritengono si tratti di un assegno in bianco "*blank check*" consegnato al Presidente, v. B. Briggs, *Keeping Liberty At Bay: How the United States' Guantánamo Bay Detention Facility Violates Detainees' Rights by Limiting Habeas Corpus Protections and How a 1979 Supreme Court Case Can Provide a Solution*, in *Berkeley J. Crim. L.* 26, 1, 2021, 9; J. Margulies, *Guantánamo and the Abuse of Presidential Power*, Simon&Schuster, (2006), 131 ss.

¹⁰ *Presidential Military Order-Detention, Treatment and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*, 66 Fed. Reg. 57, 833, (2001).

¹¹ V. U.S. Supreme Court, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

un difensore di fiducia e soprattutto senza che la loro detenzione possa essere vagliata da un giudice nell'ambito del "due process of law"¹².

Dalla più ampia categoria degli *enemy combatants* (alle volte definiti anche *unlawful enemy combatants*) deriva quella degli *enemy aliens*¹³, la cui differenza è data dal fatto che i secondi sono nemici combattenti stranieri e quindi non cittadini americani.

Una diversità non irrilevante dal momento che da essa dipendono due conseguenze¹⁴. La prima è che gli *enemy combatants*, cittadini americani, godono delle garanzie costituzionali come, ad esempio, quella di un giusto processo. La seconda è che gli stessi non possono essere detenuti a Guantanamo, ma solo presso una struttura carceraria sul suolo statunitense e – nel caso di errori – ne viene disposto il trasferimento.

È stato così costituito un *tertium genus* a metà tra i prigionieri di guerra e i detenuti comuni, la cui disciplina "procedurale" dipende esclusivamente dall'Esecutivo¹⁵.

Il quadro che ne deriva è che gli *enemy aliens* sono maggiormente penalizzati dal momento che a loro non si applicano né la Convenzione di Ginevra né le garanzie previste dall'ordinamento americano.¹⁶

Ciò premesso, è doveroso interrogarsi sulla compatibilità di quanto appena affermato rispetto al diritto internazionale e, successivamente, al diritto costituzionale.

L'art. 6 della Costituzione americana, sancendo la supremazia di quest'ultima rispetto alle altre fonti, non stabilisce una gerarchia tra i Trattati internazionali ratificati e le leggi federali. La Convenzione di Ginevra viene considerata *non self executing treaty*¹⁷. A tal proposito, si evidenzia che anche nel caso in cui dovesse essere ritenuta un *self executing treaty* comunque i Tribunali americani hanno adottato la regola della

¹² A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 518 ss.

¹³ Entrambe le definizioni si rinvencono per la prima volta nella decisione della Corte Suprema *Ex parte Quirin*, 317 U.S. (1942). Il caso riguardava sabotatori nazisti catturati a New York e processati da una commissione militare.

¹⁴ A tal proposito, U.S. Supreme Court, *Hamdi v. Rumsfeld*, cit. Il caso riguardava un cittadino americano processato da una commissione militare e non da un Tribunale Federale.

¹⁵ C. Bassu, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Giappichelli, Torino, 2010, 204 ss.

¹⁶ Per una breve ma completa sintesi di quanto compiuto dall'Amministrazione Bush, si veda L. Cole, S.M. Brand, M.R. Dimino, *Congressional Investigations and Oversight Case Studies and Analysis*, Carolina Academic Press, 2023, 746, dove si legge «The Bush administration claimed the authority to deny captured combatants – U.S. citizens and aliens alike – such basic due-process rights as access to a lawyer. It created a detention facility on Guantánamo Bay that it declared was outside the jurisdiction of the federal courts and built a new legal system – without any input from Congress – to try enemy combatants. And it argued that the president's commander-in-chief powers gave him the authority to violate America's laws and treaties, including the Geneva Conventions.».

¹⁷ R.E. Cohen, *Are The 1949 Geneva Conventions Self-Executing Treaties For Purposes Of Challenges To Military Commissions Procedures?*, in *Case Western Reserve University School of Law Scholarly Commons, War Crimes Memoranda*, 2005, 3.

prevalenza della *lex posterior* per risolvere eventuali conflitti¹⁸. Secondo questa lettura la normativa emergenziale, in contrasto con la Convenzione, prevarrebbe per il solo fatto di essere successiva a prescindere dal fatto che la Convenzione venga considerata *non self executing treaty* o *self executing treaty*¹⁹.

Comunque il Governo riteneva, e ritiene tuttora, internazionale il conflitto con Al Qaeda rendendo così a quest'ultimo inapplicabile anche l'art. 3 della Convenzione Ginevra relativo a conflitti armati privi di carattere internazionale. Nonostante ciò, la maggioranza dei giudici della Corte Suprema²⁰ ha affermato che, alla situazione dei nemici combattenti, potesse applicarsi almeno l'art. 3 poiché il conflitto non avrebbe carattere internazionale dal momento che, per esserlo, servirebbe che vi fossero delle Nazioni che si scontrino e Al Qaeda non può certo definirsi uno Stato²¹.

Sempre con riguardo all'applicazione dei Trattati internazionali in materia di diritti umani, in un memorandum del 22 gennaio 2002 del capo dell'ufficio legale del Dipartimento di Giustizia, Jay S. Bybee, viene affermato che il Presidente Bush non è vincolato dalle norme internazionali nei confronti dell'Afghanistan perché trattasi di un "*failed State*"²².

Significativa è la scelta del Governo di detenere a Guantanamo (Cuba) i sospetti stranieri catturati all'estero, con l'obiettivo di far valere l'extraterritorialità della prigione quale ulteriore assicurazione per eludere le garanzie giudiziarie costituzionalmente riconosciute a chi si trovi sul suolo degli Stati Uniti²³.

Tutto ciò porta a concludere che gli Stati Uniti abbiano creato presso la loro base navale di Guantanamo quello che è stato chiamato "*a legal black hole*"²⁴, dal momento che i detenuti non hanno modo, né certezza, di affrontare un regolare procedimento giudiziario per difendersi da accuse che il più delle volte non vengono formulate. Infatti, il sopracitato *Military Order* del 2001, se da un lato prevede che i detenuti debbano essere trattati

¹⁸ B.-B. Dru, *Eighteen Years of Detention at Guantánamo Bay: Compliance with International Law or the Specter of Tyranny?*, in 35 *Am. U. Int'l L. Rev.*, 681 ss. (2020).

¹⁹ La Convenzione di Ginevra del 1949 è sempre stata un tema caldo con riferimento al "caso Guantanamo", si segnala che il Governo prima con il *Military Commission Act* (MCA) del 2006, Pub. L. 109-366, e poi con il *MCA* del 2009 (parte del *Department of Defense Authorization Act*, Pub. L. 111-84,) ha negato ai detenuti la possibilità di invocare la Convenzione, nel primo caso totalmente e nel secondo solo in parte.

²⁰ A tal proposito si ricordi, U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

²¹ Come prevede il secondo Protocollo aggiuntivo della Convenzione di Ginevra del 1977, tra le garanzie minime che devono essere applicate in un conflitto non internazionale, deve almeno menzionarsi quella che vieta le condanne pronunciate o le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un Tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute come indispensabili dai popoli civili.

²² C. Sciuto, *Torture Act*, in *Micromega*, 2004, 251.

²³ Quest'argomentazione è stata smentita dalla Corte Suprema in U.S. Supreme Court, *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

²⁴ K.J. Greenberg, *The Least Worst Place: Guantanamo's First 100 Days*, Oxford, 2010, 64; Lord Johan Steyn, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, in 53 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1-15, (2004).

umanamente, dall'altro dispone che ogni individuo sottoposto a questo Ordine deve, quando processato, essere giudicato da una speciale commissione militare in loco, appositamente istituita al di fuori degli ordinari percorsi di giustizia.

Una significativa eccezione alla reticente applicazione del diritto internazionale a Guantanamo è rappresentata dall'accettazione, da parte degli USA, che la Convenzione contro la tortura del 1984 trovi applicazione in «all places that the State Party controls as a governmental authority» in quanto «We have concluded that the United States currently exercises such control at the U.S. Naval Station at Guantanamo Bay, Cuba, and over governmental proceedings conducted there, and with respect to U.S.-registered ships and aircraft»²⁵.

Per quanto detto precedentemente e prendendo in considerazione l'ammissione di giurisdizione sulla base navale, sulle navi e sugli aerei registrati negli Stati Uniti, non sembrerebbe erroneo ipotizzare che tale riconoscimento possa rappresentare un'apertura anche al diritto ad un giusto processo. Come precedentemente ricordato, l'argomento dell'extraterritorialità della base è sempre stato un limite all'applicabilità delle garanzie costituzionali.

A questo proposito, una sentenza della Corte di Appello del Circuito del Distretto di Columbia del 2009 ha stabilito che la garanzia del giusto processo non si applichi agli stranieri, se questi non sono presenti sul territorio sovrano degli Stati Uniti²⁶.

Prendendo spunto da questa pronuncia è possibile compiere una riflessione che riguarda la probabile rilevanza del trasporto dei detenuti, verosimilmente avvenuto con aerei o navi militari, verso il carcere "cubano" ai fini dell'applicazione del *due process of law*.

Sicché si approderebbe a rilevanti conseguenze pratiche dal momento che, seppur per un breve periodo di tempo, i detenuti si sarebbero trovati su di un mezzo equiparato ad una parte del territorio statale e, per tale ragione, tutto il periodo detentivo risulterebbe ab origine in violazione delle garanzie costituzionali riconosciute a cittadini stranieri che siano presenti sul territorio sovrano degli Stati Uniti.

3. L'intervento della Corte Suprema e le sfide da parte dell'Esecutivo

A partire dal 2001, un gruppo di ecclesiastici, professori e avvocati ha intrapreso azioni di *habeas corpus* "on behalf of another"²⁷ dinanzi a Tribunali

²⁵ V. *United States' Sixth Periodic Report to the UN Committee Against Torture on compliance with the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (2021) in <https://www.aclu.org/publications/united-states-sixth-periodic-report-un-committee-against-torture-compliance-convention>.

²⁶ V. *Kiyemba v. Obama*, 555 F.3d 1022 (D.C. Cir. 2009) in cui si dice che «the due process clause does not apply to aliens without property or presence in the sovereign territory of the United States».

²⁷ Nei sistemi di *common law*, è l'atto con cui l'autorità giudiziaria ingiunge a chi detiene un prigioniero di portarlo davanti a sé e di spiegare quando e per quale causa sia stato

americani per conto di taluni detenuti di Guantanamo dal momento che quest'ultimi erano impossibilitati ad agire direttamente per tutelare la propria condizione. I primi ricorsi sono stati respinti dalle Corti Federali che, allineandosi alla linea governativa, hanno negato le tutele costituzionali agli stranieri perché al di fuori del territorio statunitense e hanno sostenuto la mancanza di legittimazione dei promotori in quanto privi di alcuna diretta conoscenza dei detenuti²⁸.

Comunque, dopo un primo diniego di ricorso per *certiorari* alla Corte Suprema, una seconda istanza presentata dai parenti stretti di alcuni detenuti, sostenuti dal *Center for Constitutional Rights*, è stata accolta dalla Corte. La questione che è stata sottoposta alla Corte ha riguardato la competenza delle Corti degli Stati Uniti a sindacare la legalità della detenzione dei prigionieri stranieri, catturati all'estero, nell'ambito di ostilità, e incarcerati nella base navale di Guantanamo.

Il 28 giugno 2004, nella sentenza *Rasul v. Bush*²⁹, la Corte ha deciso che i Tribunali Federali hanno giurisdizione per valutare la legalità della detenzione potenzialmente indefinita, operata dall'Esecutivo su individui stranieri che affermano di essere del tutto innocenti.

La Corte ha rifiutato la posizione del Governo e della *D.C. Court of Appeals* che, rifacendosi ad una precedente sentenza della Corte Suprema³⁰, aveva negato ai detenuti l'*habeas corpus* per l'extraterritorialità della prigionia. Il precedente riguardava cittadini tedeschi catturati, durante la Seconda guerra mondiale, dalle forze statunitensi in Cina, processati e condannati per crimini di guerra da una commissione militare e detenuti in una prigione americana nella Germania occupata. In *Rasul*, i giudici hanno ritenuto che i ricorrenti differissero dai detenuti tedeschi. I motivi adottati erano i seguenti: non erano cittadini di paesi in guerra con gli USA e negavano di aver intrapreso o pianificato atti di aggressione contro l'America, non gli era mai stato concesso l'accesso ad alcun Tribunale né tanto meno erano stati accusati e condannati per atti illeciti e da più di due anni (al tempo) erano imprigionati in un territorio sul quale gli Stati Uniti esercitavano, ed esercitano tuttora, giurisdizione e controllo esclusivi³¹. Pertanto, considerando che la protezione dell'*habeas corpus* non distingue americani e stranieri in custodia federale, gli stranieri trattenuti nella base, non meno dei

arrestato così da valutare la legalità dell'arresto. Si veda *Federal Habeas Corpus Statute*, 28 U.S.C. 2242.

²⁸ V. *Coalition of Clergy, Lawyers and Professors v. Bush*, 310 F.3d 1153,1156, U.S. *Court of Appeals of Ninth Circuit*, 2002.

²⁹ V. U.S. Supreme Court, *Rasul v. Bush*, cit.

³⁰ V. U.S. Supreme Court, *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

³¹ La Corte, attraverso il *Lease Agreement* tra USA e Cuba del 1903 e il suo successivo Trattato integrativo del 1934, ha dedotto che mentre da un lato si riconosce l'*ultimate sovereignty* a Cuba su quell'area, dall'altro, durante il periodo di occupazione (senza un termine dopo il trattato del 1934), gli USA esercitano completa giurisdizione e controllo. In verità, è lo stesso Governo nella sua interpretazione autentica del Trattato ad ammettere che la sovranità di Cuba è interrotta durante l'occupazione e solo nel caso in cui l'occupazione dovesse terminare allora il territorio tornerebbe sotto la sovranità di Cuba.

cittadini americani, hanno titolo ad invocare l'autorità dei Tribunali Federali.

Pur avendo ammesso i detenuti alla tutela dell'*habeas corpus*, questo giudizio non ha trattato la ben più complessa questione se agli stessi soggetti spettasse anche un giusto processo.

Nella stessa giornata del 2004, in *Hamdi v. Rumsfeld*, la Corte ha anche deciso il caso di un cittadino americano inizialmente detenuto a Guantanamo che, dopo essere stato riconosciuto come “americano-*enemy combatant*”, è stato trasferito in un carcere militare in *South Carolina* senza un giusto processo³². In quest'occasione, diversamente che in *Rasul*, la Suprema Corte ha affrontato esplicitamente la questione dell'applicabilità del *due process of law* poiché il ricorrente era un cittadino americano e non un *enemy alien*.

I giudici, decidendo di non sindacare se il Presidente abbia l'autorità di detenere gli *enemy combatants* ai sensi dell'*Authorization for the Use of Military Force (AUMF)*, hanno disposto che la detenzione di cittadini americani senza un regolare processo violi il V Emendamento. La questione è stata risolta come una problematica di natura costituzionale, necessitando un bilanciamento tra i due interessi costituzionali coinvolti. Da un lato l'esigenza di garantire la sicurezza della Nazione evitando che il nemico combattente ritorni sul campo di battaglia, dall'altro il fatto che un cittadino detenuto abbia l'opportunità di controbattere alle accuse che comportano una limitazione del suo diritto alla libertà personale³³. La Corte ha poi constatato che le commissioni delle Forze Armate normalmente sono chiamate solo a decidere se gli individui catturati debbano considerarsi prigionieri di guerra o *civilian internee*³⁴. Invece, qualificandoli come nemici combattenti, sono andate oltre alle loro competenze.

Alla luce di tutto ciò, la maggioranza dei giudici ha deciso che la qualificazione di *enemy combatants* e il diritto di contestare la legalità della detenzione deve avvenire dinnanzi a un *neutral decisionmaker*³⁵. Quindi la conclusione più semplice sarebbe stata che un decisore neutrale non potesse che essere un Tribunale ordinario, ma la maggioranza ha affermato che

³² V. U.S. Supreme Court, *Hamdi v. Rumsfeld*, cit.

³³ Un interessante passo della sentenza è quello in cui il giudice relatore O'Connor ricorda che uno stato di guerra non comporta un assegno in bianco (*blank check*) per il Presidente quando vengono coinvolti i diritti dei cittadini.

³⁴ V. *Army Regulation 190-8, Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees*, sections 1-6 e 5-1, in https://www.esd.whs.mil/Portals/54/Documents/FOID/Reading%20Room/Detainee_Related/ANNEX_021_AR_190-8.pdf. Gli internati civili sono coloro che devono essere trattenuti per ragioni di sicurezza o perché se liberi potrebbero ostacolare le indagini. Costoro possono avere un difensore di fiducia e non possono essere soggetti a coercizione fisica e morale e qualsiasi limitazione del loro diritto a comunicare al di fuori del carcere deve essere eccezionale e temporaneo.

³⁵ Per un'esauritiva rassegna delle sentenze della Corte Suprema fino al 2004 si veda, T.E. Frosini, *Lo stato di diritto si è fermato a Guantánamo*, in *DPCE*, 2005, 4, 1645 e G. F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2003/2004 e 2004/2005*, in *Giur. cost.*, 2005, 5, 4125.

potrebbero essere sufficienti commissioni militari propriamente costituite che assicurino i minimi requisiti del *due process of law*³⁶.

In risposta a queste sentenze, nel 2005 il Congresso ha approvato il *Detainee Treatment Act (DTA)*³⁷ con cui, cercando di dare una parvenza di giusto processo, ha finito per creare una limitazione dell'*habeas corpus* per i detenuti. Infatti, il *DTA* ha istituito dei Tribunali militari presso Guantanamo, noti come *Combatant Status Review Tribunals (CSRT)*³⁸, con il compito di valutare se la qualificazione di nemico combattente fosse stata assegnata correttamente. Questi “Tribunali neutrali” hanno materialmente impedito ai detenuti di presentare le petizioni di *habeas corpus* ai Tribunali ordinari.

In *Hamdan v. Rumsfeld*³⁹ la Corte, pur evitando di sindacare se l'Esecutivo abbia o meno il potere di detenere questi soggetti, ha stabilito che i *CSRT* fossero incostituzionali, in quanto le loro regole operative non erano state stabilite dal Congresso e non corrispondevano a quelle dettate dalle Convenzioni di Ginevra o dal Codice uniforme di giustizia militare⁴⁰.

Successivamente, il Governo ha tentato di aggirare questa pronuncia con l'approvazione del *Military Commissions Act*⁴¹. Il Presidente, con l'autorizzazione del Congresso, è riuscito a riautorizzare i processi militari predisponendo “nuove” procedure con cui si negava l'assistenza legale e si estendevano notevolmente le prove ritenute ammissibili per provare lo *status* di nemici combattenti. Ad esempio, da quella volta sono state ammesse anche le testimonianze *de relato* (in inglese, “*hearsay*”) se utili e ritenute attendibili dal giudice militare. Ancora, ai combattenti nemici è stata vietata la possibilità di invocare la Convenzione di Ginevra e quella di appellarsi alle norme dell'*habeas corpus* per contestare la loro condizione una volta che il Governo li avesse dichiarati *enemy aliens* o simili⁴².

È in questo contesto che nel 2008, in *Boumediene v. Bush*, la Corte Suprema si è pronunciata nuovamente riprendendo e integrando le precedenti pronunce riguardanti i detenuti stranieri a Guantanamo⁴³. Ad esempio, con riguardo al concetto di sovranità sull'area, già affrontato in *Rasul*, è stato aggiunto che l'applicazione dell'*habeas corpus* agli odierni

³⁶ Viene suggerito anche che venga invertito l'onere della prova facendo sì che debba essere il detenuto a dimostrare la propria estraneità alla categoria dei nemici combattenti. Sarebbe troppo gravoso chiedere all'Esecutivo di preparare per ogni detenuto un *dossier* che descriva specificatamente la cattura e le sue ragioni. Sul punto R. Dworkin, *What the Court Really Said*, The New York Review of Books, 2004, 26 ss.

³⁷ V. Pub. L. 109-148, 2005 così come modificata dalla Pub. L. 111-84 2009.

³⁸ Per un'approfondita analisi sul “processo” una *tantum* volto a determinare se il detenuto soddisfi i criteri per essere designato come nemico combattente si rinvia ad A.M. Suleman, *Detainee Treatment Act of 2005*, in 19 *Harv. Hum. RTS. L.J.*, 264 (2006).

³⁹ V. U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

⁴⁰ Per un commento sulla sentenza si veda G. F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/2006 e 2006/2007*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3797.

⁴¹ V. *Military Commission Act of 2006*, Pub. L. 109-366.

⁴² Per un'analisi critica del *Military Commission Act* del 2006 si veda M.C. Dorf, *The Orwellian Military Commissions Act of 2006*, in *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 55 (2007).

⁴³ V. U.S. Supreme Court, *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

detenuti è ulteriormente giustificato dal fatto che sulla prigionia gli Stati Uniti esercitano un controllo totale diversamente da quanto accadeva nel caso della prigionia in Germania⁴⁴.

L'aspetto che probabilmente rende ancora oggi *Boumediene* la sentenza più rilevante tra tutte quelle emesse dalla Corte Suprema è il fatto che la maggioranza dei giudici, nell'affermare che i detenuti hanno il diritto di invocare l'*habeas corpus* e che il Congresso con i suoi interventi non abbia rispettato il dettato della *Suspension Clause*⁴⁵, ha frequentemente impiegato come parametro di valutazione la *Due Process Clause*⁴⁶.

La Corte ha ritenuto che la clausola di sospensione si applichi a Guantanamo e che pertanto il Congresso, unico organo ritenuto capace di limitare legittimamente l'*habeas corpus*, avrebbe dovuto fornire un sostituto adeguato al procedimento che normalmente dovrebbe instaurarsi davanti ad una Corte ordinaria. Secondo i giudici un tale sostituto non è stato fornito con il *DTA* del 2005 e il *MCA* del 2006. Infatti, queste leggi hanno determinato un completo diniego dell'*habeas corpus* invece che mere limitazioni sul piano procedurale. Per la Corte, affinché il *writ for habeas corpus* o un suo sostituto funzioni come rimedio efficace, serve che il Tribunale abbia i mezzi per correggere eventuali errori anche mediante il potere di ordinare la liberazione del detenuto. Contrariamente, dalle disposizioni del *MCA* i giudici hanno ricavato che la Corte di Appello del Circuito del Distretto di Columbia, una volta adita dal ricorrente, avrebbe esaurito la sua giurisdizione quale mero revisore del procedimento svolto davanti al *CSRT* potendo assumere solo le prove già acquisite e non anche quelle nuove o a discarico. Per tale ragione, la Corte ha ritenuto che i detenuti, per le loro petizioni di *habeas corpus*, possano rivolgersi direttamente ai Tribunali distrettuali che avrebbero maggiori possibilità di indagare la legalità della detenzione rispetto a quanto sarebbe possibile fare nel grado dell'appello. Riconoscendo ad entrambi i gradi di giudizio il necessario potere di ordinare la liberazione qualora lo ritengano opportuno.

Che la Corte Suprema abbia preso questa decisione tenendo in stretta relazione il *writ for habeas corpus* con il diritto al giusto processo, quasi come se fosse ovvio che il secondo non potesse essere considerato tale senza la presenza del primo (dal momento che concerne la privazione della libertà personale)⁴⁷, è una cosa facilmente riscontrabile nel testo della pronuncia.

⁴⁴ Per un'approfondita analisi del rapporto tra potere, diritto e territorio con riferimento agli Stati Uniti, si veda P. Bargiacchi, *Orientamenti della dottrina statunitense di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁴⁵ Si tratta dell'art. 1, sezione 9, clausola 2 della Costituzione americana che impone che il privilegio del *writ for habeas corpus* non venga sospeso, a meno che in casi di ribellione o invasione e la pubblica sicurezza lo richieda.

⁴⁶ I giudici hanno fatto così tanti riferimenti al giusto processo che in dottrina c'è chi ha pensato che la Corte abbia confuso la *Due Process Clause* con il privilegio dell'*habeas corpus*. v. H. Norton, *Excavating the Forgotten Suspension Clause*, (reviewing Amanda Tyler, *Habeas Corpus in Wartime: From the Tower of London to Guantanamo Bay* (2017)), in *Jotwell* (2018), in <https://conlaw.jotwell.com/excavating-the-forgotten-suspension-clause/>.

⁴⁷ Per un'approfondita analisi sulla relazione tra *habeas corpus* e *due process* v. D. Cole, *Jurisdiction and Liberty: Habeas Corpus and Due Process as Limits on Congress's Control of Federal Jurisdiction*, in 86 *Geo. L.J.* 2481, 2503 (1998).

L'aspetto problematico di questa sentenza è dato dal fatto che la Corte non abbia esplicitamente riconosciuto il *due process of law* agli *enemy aliens* detenuti nella base navale. Eppure, dal testo della sentenza si può desumere che la Corte, attraverso la clausola di sospensione, abbia voluto suggerire all'Esecutivo l'adozione di un procedimento rispettoso del diritto ad un giusto processo⁴⁸. Per parte della dottrina americana questo suggerimento non rappresenterebbe una novità, ma una normale conseguenza ricavabile dalle origini del *writ for habeas corpus* che lo collegano inesorabilmente alle garanzie fondamentali del giusto processo derivate dalla Magna Charta Libertatum del 1215 e sancite nella Costituzione americana⁴⁹.

Secondo il senatore Schumer, questo continuo scontro tra il *judicial branch* e l'*executive branch* si sarebbe potuto evitare se il secondo avesse fin dall'inizio deciso di lavorare in maniera costruttiva con il Congresso (il *legislative branch*)⁵⁰. Infatti, se l'Esecutivo non avesse ostacolato le proposte legislative di alcuni senatori (repubblicani e democratici), volte a regolare i processi per gli stranieri ipoteticamente connessi ad al-Qaeda, si sarebbe giunti a legalizzare le commissioni militari e di conseguenza a garantire un equo processo ai detenuti. Se l'Amministrazione avesse deciso di collaborare con il Congresso, invece che agire alle sue spalle o aggirare le sue decisioni con regole operative contrarie alle decisioni della Corte Suprema, si sarebbe potuto sviluppare un sistema processuale che avrebbe potuto superare il vaglio costituzionale e consentire una più efficiente lotta al terrorismo. Non si può però dimenticare, come fa notare qualche studioso, che il Congresso non fosse all'oscuro di quanto l'Esecutivo stesse compiendo. Il legislatore non solo non avrebbe "battuto ciglio" di fronte a tali azioni unilaterali, ma avrebbe di fatto creato e contribuito ad espandere l'autorità presidenziale approvando dapprima il Patriot Act e successivamente con ulteriori interventi normativi⁵¹.

A seguito di *Boumediene v. Bush*, dopo un breve periodo di successo per le petizioni dei detenuti, la Corte Distrettuale e la Corte di Appello del Circuito del Distretto di D.C. hanno concesso una presunzione di validità delle prove presentate dal Governo e hanno espressamente rifiutato di applicare il giusto processo agli stranieri senza proprietà o presenza nel territorio sovrano degli USA⁵². Per queste ragioni, il tasso di accoglimento delle petizioni è diminuito significativamente⁵³.

⁴⁸ In tal senso si veda J. Hafetz, *Due Process and Detention at Guantánamo: Closing the Constitutional Loopholes*, in *Just Security* (Nov. 14, 2014), <https://www.justsecurity.org/17076/due-process-detention-guantanamo-closing-constitutional-loopholes/>.

⁴⁹ V. A.L. Tyler, *Suspension as an Emergency Power*, in 118 *Yale L.J.*, 691-692 (2009).

⁵⁰ C.E. Schumer, *Under Attack: Congressional Power in the Twenty-first Century*, in 1 *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 3, 20 s., (2007).

⁵¹ L. Cole, S.M. Brand, M.R. Dimino, *Congressional Investigations and Oversight Case Studies and Analysis*, cit., 748.

⁵² Sul punto, e ritenendo che il *due process of law* potrebbe applicarsi a Guantanamo dopo *Boumediene*, Stephen I. Vladeck, *The D.C. Circuit After Boumediene*, in 42 *Seton Hall L. Rev.*, 1477 (2011).

⁵³ V. *Kiyemba v. Obama*, cit.

Una possibilità di cambiamento sembrava essere giunta con la vittoria di Obama, ma la realtà dei fatti dimostra che ancora oggi il carcere è operativo e la situazione per i suoi detenuti non può certo dirsi risolta. Ad esempio, nel 2012 il Congresso ha rinnovato il potere del Presidente di detenere questi soggetti, secondo la legge di guerra e senza un processo, fino alla fine delle ostilità autorizzate dall'*AUMF*⁵⁴. Non si deve però pensare che l'Amministrazione Obama non abbia fatto nulla per migliorare la situazione. Infatti, nel corso dei suoi due mandati il Presidente ha ordinato il trasferimento o il rilascio di circa 200 individui e ciò è avvenuto in ossequio agli *Orders* presidenziali del 2009 e del 2011. Il primo ha avuto il pregio di disporre una revisione dello *status* di ogni detenuto per verificare se effettivamente fosse ancora una minaccia per gli USA. Il secondo ha istituito, sostituendolo al *CSRT*, il *Periodic Review Board (PRB)* al fine di verificare, entro un anno dall'*Order* stesso e poi con cadenza triennale, se gli *enemy aliens* fossero ancora tali dopo tanti anni.

Questi *Orders* sono stati il frutto e la conferma della bontà delle conclusioni espresse in *Boumediene* rappresentando quello che si può definire il livello più elevato di conformità al giusto processo per i procedimenti di *habeas corpus* dei nemici combattenti.

Purtroppo, il *PRB* non può definirsi veramente rispettoso del *due process of law* che spetterebbe al cittadino americano o allo straniero su territorio americano. Ad esempio, il procedimento è frutto della discrezionalità dell'Esecutivo e non è imparziale poiché i membri del *Board* sono i Segretari di diversi Dipartimenti dell'Esecutivo e al Segretario della Difesa spetta un potere di veto sulle decisioni⁵⁵.

Dopo l'insediamento del Presidente Obama nessuna ulteriore pronuncia della Corte Suprema è intervenuta sul punto, lasciando la situazione inalterata fino ai giorni nostri.

La successiva Amministrazione Trump si è mossa in senso opposto alle iniziative intraprese dal suo predecessore. Il Presidente ha emesso un Ordine Esecutivo⁵⁶ con cui dapprima ha ribadito la legalità della detenzione, successivamente ha revocato la chiusura del carcere per garantire la sicurezza degli USA e da ultimo ha esplicitamente ammesso nuovi ingressi per fronteggiare la minaccia terroristica. Una conferma del cambiamento di Governo si è registrata con il fatto che durante il suo mandato, seppur lasciando pressoché invariate le procedure operative del *PRB*, è stato ordinato il trasferimento di un solo detenuto.

L'Amministrazione Biden ha eseguito 13 rimpatri, 11 trasferimenti e una liberazione e, pur avendo sostenuto di voler chiudere il carcere, non ha

⁵⁴ V. *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*, Pub. L. No. 112-81.

⁵⁵ In tal senso si veda *Technical Visit to the United States and Guantánamo Detention Facility by the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism*, United Nations Human Rights Special Procedures, 14 June 2023, p. 15, in <https://int.nyt.com/data/documenttools/2023-06-26-sr-terrorism-technical-visit-us-guantanamo-detention-facility/1874fc8b8302dce5/full.pdf>; B.-B. Dru, *Eighteen Years of Detention at Guantánamo Bay: Compliance with International Law or the Specter of Tyranny?*, cit., p. 724 ss.

⁵⁶ V. *Executive Order 13823, Protecting America Through Lawful Detention of Terrorists*, February 2, 2018.

dato seguito alle promesse con un nuovo Ordine Esecutivo che ripristinasse la situazione “*ante Trump*”⁵⁷. La seconda Amministrazione Trump, al 3 giugno 2026, non ha apportato modifiche al numero di prigionieri presenti nella struttura detentiva. Il medesimo Presidente, in una nota dell’autunno 2025,⁵⁸ ha però affermato di essere *in a non-international armed conflict* con i cartelli internazionali della droga (già qualificati gruppi terroristici)⁵⁹ e ha definito i sospetti trafficanti *unlawful combatants*. Queste potrebbero essere le premesse necessarie affinché, in futuro, questi individui (di fatto equiparati ai nemici combattenti legati agli attentati terroristici dell’11 settembre 2001) possano essere portati a Guantanamo, determinando così un nuovo aumento del numero di detenuti.

4. La detenzione alla luce della fine della guerra in Afghanistan

La fine delle ostilità in Afghanistan avvenuta il 31 agosto 2021, su iniziativa del Presidente Trump e completata dal Presidente Biden, avrebbe potuto essere portatrice di rilevanti conseguenze sulla detenzione degli *enemy aliens*. Infatti, il 10 giugno 2022 la Corte Distrettuale del Distretto di Columbia⁶⁰ ha dovuto esprimersi su una mozione per l’immediato rilascio e rimpatrio di *Abu Zubaydah*⁶¹, un detenuto catturato in Pakistan nel 2002 (trattenuto in diversi *black sites*) e trasferito infine a Guantanamo nel 2006, proprio sulla base della fine delle ostilità in Afghanistan.

Se da un lato è vero che in nessuna legge del Congresso o Ordine Esecutivo presidenziale l’autorità di detenere gli *enemy combatants* sarebbe limitata alla durata dello specifico conflitto in Afghanistan, dall’altro la Corte Suprema in *Hamdi* sembrerebbe aver dichiarato il contrario.

La Corte, sostenendo che una detenzione infinita allo scopo di interrogare il sospetto non è autorizzabile (perché violerebbe il giusto processo) e che per il diritto di guerra essa non può durare più delle ostilità

⁵⁷ Dati del The New York Times, *The Guantánamo Docket*, cit.

⁵⁸ V. Trump ‘Determined’ the U.S. Is Now in a War With Drug Cartels, Congress Is Told in <https://www.nytimes.com/2025/10/02/us/politics/trump-drug-cartels-war.html>; U.S. in ‘armed conflict’ with drug cartels, Trump tells Congress in <https://www.washingtonpost.com/national-security/2025/10/02/trump-drug-cartel-war-venezuela-congress/>

⁵⁹ The White House, Presidential actions, 20 gennaio 2025, in <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/designating-cartels-and-other-organizations-as-foreign-terrorist-organizations-and-specially-designated-global-terrorists/>

⁶⁰ V. *Husayn v. Austin*, 08-cv-1360 (EGS) (D.D.C. Jun. 10, 2022).

⁶¹ La sua petizione di *habeas corpus* rappresenta perfettamente l’assenza di *due process* per gli *enemy aliens*. Infatti, pur avendola presentata nel 2008 ad oggi questa rimane non decisa. In altri casi la disfunzionalità di questi procedimenti è stata data dall’impossibilità di vincere dovuta a ostacoli probatori e procedurali che i giudici individuavano di volta in volta. In tal senso, H. Duffy, H.R. Garry, *Submission to the UN Human Rights Committee concerning arbitrary detention & torture by the United States against detainees at Guantanamo Bay*, in <https://promiseinstitute.law.ucla.edu/wpcontent/uploads/2023/09/Abu-Zubaydah-UNHRC-Submission-2023.09.pdf>, (2023), 6.

in cui la persona è stata catturata, ha concluso che la detenzione continuata di individui che hanno combattuto contro gli U.S. in Afghanistan può essere autorizzata dall'*AUMF* (quale esercizio di forza necessario e appropriato) per la durata di queste ostilità e solo se vi siano prove che le truppe americane siano ancora coinvolte in combattimenti attivi in Afghanistan.

Le prove che le ostilità in Afghanistan, per come intese dalla Corte nel 2004, siano terminate giungono tanto dalla terribile cronaca dei concitati giorni di ritiro delle truppe nell'agosto 2021, quanto dalle successive dichiarazioni del Presidente Biden «My fellow Americans, the war in Afghanistan is now over.»⁶².

Pertanto, dopo il ritiro delle truppe americane dal combattimento e il crollo del Governo afgano sostenuto dagli USA, il conflitto è finito definitivamente e, secondo la giurisprudenza del caso *Hamdi*, con esso sarebbe terminata totalmente anche l'autorità a detenere secondo l'*AUMF*⁶³.

La Corte distrettuale ha però negato la liberazione con diverse argomentazioni. Ha interpretato la Corte Suprema in *Hamdi* come una decisione limitata al caso concreto poiché riguardante un cittadino americano catturato proprio in Afghanistan e, per tale ragione, il fatto che abbia menzionato l'Afghanistan non dovrebbe essere letto come una limitazione geografica al potere di detenere. Successivamente citando un'altra pronuncia dello stesso Distretto ha affermato che nessuno (Corti comprese) ha mai voluto limitare geograficamente queste ostilità all'Afghanistan⁶⁴. Eppure, leggendo attentamente la sentenza della Corte Suprema, in quel suo ragionamento essa non ha mai fatto riferimento al caso concreto di *Hamdi* con il probabile obiettivo di voler limitare un potere che altrimenti, per come era (ed è) strutturato, sarebbe stato illimitato nelle mani del Presidente.

Successivamente il Tribunale, sulla questione sollevata che non ci sia più il rischio che il detenuto torni a combattere perché ormai non ci sarebbe più alcun campo di battaglia in cui tornare, ha concluso che il Governo abbia fornito sufficienti prove che Al Qaeda operi ancora in Afghanistan e altrove, e che per tanto ci sia ancora questo rischio⁶⁵.

Se però, come la Corte stessa ha ammesso, è compito della politica dichiarare quando le ostilità siano finite e a tal proposito il comandante in capo ha dichiarato che quella specifica guerra è terminata, non si comprende come, sulla base del concetto di un infinto e amorfo conflitto terroristico su scala mondiale, degli individui catturati oltre 20 anni fa e soprattutto quasi mai accusati di qualcosa possano essere ancora trattenuti in questo limbo potenzialmente per sempre.

⁶² V. *Transcript of Biden's Speech on the U.S. Withdrawal from Afghanistan (Aug. 31, 2021)* in <https://www.nytimes.com/2021/08/31/us/politics/transcript-biden-speech-afghanistan.html>.

⁶³ In tal senso, D. Glazier, *Withdrawal from Afghanistan Marks Guantánamo's Endpoint*, in Paper No. 2021-26 *Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research*, 323 (2021).

⁶⁴ V. *Gul v. Biden*, Case No. 16-CV-01462, (D.D.C. November 8, 2021).

⁶⁵ Le prove a cui si fa riferimento sono le testimonianze di soggetti chiave del Dipartimento della Difesa e di rapporti d'intelligence sull'attualità della minaccia di Al Qaeda, così come una dichiarazione del Presidente in cui genericamente afferma che l'emergenza nazionale dichiarata in seguito all'11 settembre 2001 continua ancora.

Ciò è ancor più vero se, come il Tribunale ha chiarito, la detenzione non è basata sul fatto che ci sia qualche operazione militare in corso in Afghanistan ma sulla base della affiliazione ad Al Qaeda. Così facendo, però, sembra disattendersi il collegamento logico e basilare operato in varie pronunce dalla Corte Suprema secondo cui la detenzione di questi soggetti senza un'accusa non può essere infinita, poiché con essa si vorrebbe evitare un loro ritorno sul campo di battaglia (presumibilmente quello in cui sono stati catturati). Pertanto, una volta cessato il conflitto questi, se non accusati di qualcosa, dovrebbero essere liberati.

5. La Corte di Appello del Circuito del Distretto di Columbia nel caso *Al Hela v. Biden* del 2023

Il 4 aprile 2023, la Corte di Appello del Circuito del Distretto di Columbia (*en banc*) si è pronunciata sull'applicabilità del diritto al giusto processo ai detenuti di Guantanamo ⁶⁶. Si tratta della più recente sentenza di una Corte americana che indagando su questo tema ha offerto nuovi spunti di riflessione.

Uno di questi riguarda la fine delle ostilità in Afghanistan. La Corte, dopo aver ritenuto che la lunga detenzione del sig. Al-Hela non è arbitraria per il solo fatto che l'*AUMF* non ha imposto limiti temporali, sembra suggerire la fine del conflitto quale nuova sfida alla legalità della detenzione. Infatti, seppur tale aspetto non sia stato posto dal detenuto e per tale ragione non sia stato affrontato, i giudici d'appello, richiamando la Corte Suprema in *Hamdi*⁶⁷, hanno evidenziato che, se le circostanze in cui un conflitto armato può continuare ad esistere solo per il suo nome e non nella realtà dei fatti, il nesso logico che un lungo conflitto (solo nominale) supporti una altrettanto commisurata lunga detenzione potrebbe venire meno. La differenza con il precedente del Tribunale di D.C. del 2022 è evidente, a riprova del fatto che la fine delle ostilità in futuro potrebbe essere portatrice di un nuovo orientamento giurisprudenziale.

Con riguardo al diritto al giusto processo, la Corte ha accettato di esaminare *en banc* i motivi ad esso attinenti, poiché ha ritenuto che in numerose occasioni, nel valutare le richieste di volta in volta sollevate, la stessa ha “assunto senza decidere”⁶⁸ che il giusto processo si potrebbe applicare ai detenuti di Guantanamo.

⁶⁶ V. *Al-Hela v. Biden*, cit.

⁶⁷ La detenzione è legittima per la durata del conflitto ma “*If the practical circumstances of a given conflict are entirely unlike those of the conflicts that informed the development of the law of war, that understanding may unravel.*”.

⁶⁸ Assumere senza decidere è una tecnica spesso impiegata dalla Corte Suprema che le permette di applicare un principio costituzionale senza l'efficacia di precedente vincolante quando ritiene che non sia necessario formulare una regola di diritto costituzionale più ampia di quanto richiesto dai fatti precisi a cui dovrebbe essere applicata. Pertanto, non si dovrebbe decidere se un diritto costituzionale si applichi laddove, anche supponendo che accada, non sussistesse errore costituzionale o l'errore fosse innocuo. Sul *Judicial Minimalism*, v. J.M. Dennis, *The Constitutional Avoidance Doctrine: Judicial Minimalism (part 1 of 3)*, in *CRS LSB 10720*, 2 (2022).

Nella pronuncia viene detto che la Corte Suprema non si sarebbe ancora espressa sul fatto che alla petizione di *habeas corpus* di un *enemy alien* si applichi la *Due Process Clause*⁶⁹.

Sebbene per la Corte la *Suspension Clause* e la *Due Process Clause* abbiano funzioni costituzionali distinte⁷⁰, la stessa non nasconde il loro intrinseco collegamento. Infatti, richiamando i precedenti di *Hamdi*⁷¹, riguardante il giusto processo, e di *Boumediene*, riguardante principalmente la petizione di *habeas corpus*, nota che in entrambi era stato impiegato l'aggettivo “*meaningful*”. Nel primo caso per indicare che il giusto processo richieda che ci sia una significativa opportunità di contestare la designazione di nemico combattente operata dall'Esecutivo e nel secondo per dire che il privilegio di *habeas corpus* dia diritto al prigioniero ad una significativa opportunità di dimostrare che è trattenuto illegittimamente.

Come si può facilmente comprendere, il risultato è che la *Due Process Clause* e la *Suspension Clause* hanno uno scopo simile e operano congruamente quando vengono invocate da un combattente nemico che contesta la propria detenzione in tempo di guerra.

Pertanto, secondo la Corte, «assuming without deciding the Due Process Clause applies to Guantanamo detainees», il procedimento di *habeas corpus* non valterebbe solamente se la determinazione del CSRT o del PRB soddisfi il giusto processo, ma lo stesso procedimento di *habeas corpus* dovrebbe soddisfare il *due process of law*.

In altre parole, secondo la Corte di Appello dopo la pronuncia *Boumediene*, il procedimento di *habeas corpus*, oltre a dover fornire la significativa opportunità di contestare la legalità della detenzione garantita dalla Clausola di Sospensione, è diventato anche il procedimento che deve fornire alla persona il diritto di conoscere le accuse e l'opportunità significativa di essere ascoltato (davanti ad un giudice), sempre assumendo che il giusto processo possa applicarsi agli *enemy aliens*.

Secondo i giudici di secondo grado, il Tribunale con le sue procedure, cercando di rispettare la *Suspension Clause*, indirettamente ha anche “applicato” la *Due Process Clause*.

A questo punto è utile ricordare che la Corte di Appello ha operato una distinzione tra il *procedural* e il *substantive due process*⁷². La maggioranza

⁶⁹ In proposito si potrebbe obiettare che in *Boumediene* la Corte avesse compiuto un ragionamento non limitato al solo *writ for habeas corpus*, ma più in generale sull'applicazione della Costituzione ai cittadini stranieri al di fuori del territorio americano. Si interroga in tal senso, S.I. Vladeck, *Boumediene's Quiet Theory: Access to Courts and the Separation of Powers*, in 84 *Notre Dame L. Rev.* 2107, 2108 ss. (2009).

⁷⁰ La prima limita quando il Congresso o l'Esecutivo possano sospendere il *writ for habeas corpus*. La seconda disciplina i contorni procedurali del meccanismo utilizzato per ottenere la privazione della libertà.

⁷¹ Qui la Corte dà atto di essere consapevole che il caso *Hamdi* riguardi un cittadino americano ma, diversamente da quanto concluso nella pronuncia del 2022 di cui al § 4, ritiene che i suoi insegnamenti debbano applicarsi anche agli *enemy aliens*.

⁷² La prima richiede che il Governo fornisca delle protezioni procedurali (informazioni sull'accusa, possibilità di essere ascoltato e una decisione neutrale) prima di privare una persona della vita, libertà o proprietà. La seconda concerne l'esistenza di una giustificazione sostanziale sufficiente, una ragione sufficientemente valida per

dei giudici ha ritenuto di non dover decidere se il giusto processo si applichi ai detenuti di Guantanamo perché il Tribunale Distrettuale, attraverso le procedure che ha applicato, ha certamente rispettato il giusto processo procedurale e non vi è stata violazione del giusto processo sostanziale perché il detenuto non è riuscito a dimostrare l'insufficienza delle prove governative che fosse un nemico combattente⁷³.

La Corte di Appello ha però rilevato che, dopo l'ammissione alla revisione *en banc* della sua sentenza del 2020⁷⁴, è intervenuta una determinazione del *Periodic Board Review* con cui *al-Hela* non è stato più ritenuto una minaccia per gli Stati Uniti e non vi sia alcun indizio che egli abbia convinzioni estremiste che potrebbero portarlo a ingaggiare nuove ostilità con gli USA⁷⁵.

Per il ricorrente questa conclusione minerebbe la legalità della sua detenzione.

Ma dal momento che non ha avuto l'opportunità di affrontare questo argomento, al giudice di primo grado è stata rimessa la questione relativa al fatto che continuando la detenzione, anche se il detenuto non rappresenti più una minaccia, si violerebbe il giusto processo. Il Tribunale è stato però anche avvisato che, prima di valutare ciò, dovrebbe verificare se il detenuto possa essere liberato attraverso le procedure previste dall'Ordine Esecutivo del Presidente Obama del 2011, evitando così di decidere se riconoscere il diritto al giusto processo.

Nella sua complessità questa questione è tanto delicata quanto interessante perché è la stessa che oggi coinvolge ben 3 detenuti.

Se da un lato l'*Executive Order* n. 13567 ha stabilito che il detenuto, che non sia più una minaccia per gli USA, debba essere trasferito al di fuori degli Stati Uniti, dall'altro ha però richiesto che i Segretari di Stato e della Difesa siano responsabili di garantire sforzi vigorosi per individuare un luogo adatto al trasferimento.

Quello che nella realtà dei fatti si viene a creare è un "cortocircuito" interno all'Ordine Esecutivo dal momento che il trasferimento in un carcere o la liberazione, presso il proprio Stato di origine o uno Stato terzo, non avviene automaticamente. Infatti, l'Amministrazione americana deve prima trovare un luogo che da un lato non trascuri quelli che sono gli interessi della politica estera e della sicurezza nazionale degli Stati Uniti d'America e dall'altro assicuri la sicurezza e un trattamento umano per il detenuto⁷⁶. Per

consentire la privazione. V. Erwin Chemerinsky, *Substantive Due Process*, in 15 *Touro L. Revi.*, 1501 ss. (1999).

⁷³ Si noti che i giudici dissenzienti escluderebbero a priori l'applicabilità del *due process* per l'extraterritorialità di Guantanamo.

⁷⁴ V. *Al Hela v. Trump*, No. 19-5079 (D.C. Cir. 2020).

⁷⁵ V. *Unclassified Summary of Final Determination* in <https://int.nyt.com/data/documenttools/210608-upr-isn1463-sh2-final-determination-alhela/5778f30779d0f1d3/full.pdf>

⁷⁶ Questa era la situazione del sig. Al-Hela e di altri 10 detenuti di origine yemenita, che fino al loro trasferimento in Oman, avvenuto il 6 gennaio 2025, erano stati ritenuti idonei a lasciare Guantanamo ma non ad essere rimpatriati in Yemen proprio perché nello Stato è in corso una guerra e non si riteneva che sarebbero stati rispettati i diritti umani.

il Governo, la garanzia di un *appropriate human treatment* sarebbe presente e sufficiente laddove l'ipotetico Stato ospitante (nel quale sussista il rischio concreto che il detenuto subisca gravi violazioni dei diritti fondamentali) fornisca delle assicurazioni diplomatiche, quindi delle promesse formali, che verrebbe garantito un appropriato trattamento umano. Ritenendo sufficienti le mere promesse non verrebbe effettuata una valutazione sostanziale ed effettiva del rischio concreto al quale verrebbe esposta la persona e ciò non garantirebbe la tutela assoluta dei diritti fondamentali⁷⁷.

Come si può dedurre, ciò che viene imposto ai Segretari dei due Dipartimenti si avvicina molto alla ricerca di un perfetto bilanciamento tra gli interessi statali e quelli del detenuto che è arduo raggiungere.

Pertanto, la verità è che è molto difficile individuare uno Stato ospite, perché la prima scrematura avviene sottraendo tutti quegli Stati che non sono allineati con la politica estera degli Stati Uniti, la seconda si compie eliminando quegli Stati i cui ordinamenti non offrono sufficienti garanzie di rispetto dei diritti umani (tanto nel caso in cui il detenuto rimanga tale o debba essere reinserito nella società⁷⁸) e la terza si verifica nel momento in cui vengono rintracciati gli Stati che, oltre a poter accogliere il soggetto, anche siano disponibili a riceverlo.

Per concludere e prendendo spunto da quanto detto in un'intervista dall'avvocato J. Wells Dixon del *Center for Constitutional Rights*, la Corte Distrettuale (applicando o meno la *Substantive Due Process Clause*) dovrà chiedersi se la Costituzione consenta al Governo di continuare a detenere qualcuno senza una fine prevedibile della "pena" semplicemente perché l'Esecutivo non ha compiuto sforzi sufficienti per trasferirlo⁷⁹.

6. Una possibile soluzione dalla sentenza *Boumediene v. Bush* della Corte Suprema

Nell'attesa di una decisione da parte del Tribunale del Distretto di Columbia, che verosimilmente non interverrà dal momento che il 6 gennaio 2025 l'Esecutivo ha disposto il trasferimento del sig. Al-Hela in Oman⁸⁰, si può comunque affermare con riferimento agli ultimi detenuti di Guantanamo che

⁷⁷ In tal senso, si veda P. Bargiacchi, *Elementi di convergenza del modello di sicurezza europeo verso il modello statunitense nella gestione dei flussi misti irregolari*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, n. 58, 2018, 71.

⁷⁸ Per un'analisi completa dei gravi problemi legati al rimpatrio e reinsediamento, che possono occorrere anche dopo il trasferimento del detenuto si veda *Technical Visit to the United States and Guantánamo Detention Facility by the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, United Nations Human Rights Special Procedures*, cit., 18 ss.

⁷⁹ In tal senso si veda R. Weiner, S.S. Hsu, *Divided court leaves constitutional issue at Guantanamo unresolved*, in *The Washington Post* (12 Aprile 2023), in <https://www.washingtonpost.com/dc-md-va/2023/04/12/guantanamo-alhela-due-process/>.

⁸⁰ V. l'annuncio del Dipartimento della Difesa americano in merito al trasferimento di
11 detenuti yemeniti in
<https://www.defense.gov/News/Releases/Release/article/4022534/guantanamo-bay-detainee-transfer-announced/>

ad essi è concesso il *writ for habeas corpus* dinnanzi ad un Tribunale Federale, ma non è altrettanto riconosciuto il diritto ad un giusto processo. Una simile conclusione potrebbe essere il portato di un'erronea interpretazione, da parte del Tribunale del Distretto di Columbia e della Corte di Appello del Circuito del Distretto di Columbia, della sentenza della Corte Suprema *Boumediene v. Bush* del 2008.

Due sarebbero le ragioni che giustificerebbero anche il riconoscimento del diritto al giusto processo. La prima è data dallo stretto legame intercorrente tra il *writ for habeas corpus* e il diritto ad un giusto processo che la Corte ha implicitamente riconosciuto spiegando il primo attraverso diversi riferimenti al secondo. Si tratta di un legame che è frutto della stessa *ratio* dell'istituto del *writ for habeas corpus*, il quale deve consentire di essere portati al cospetto di un giudice e di poter far valere efficacemente le proprie ragioni. Il diritto al giusto processo rappresenterebbe proprio uno dei diritti (il principale) che si potrebbe invocare per valutare efficacemente la legalità della detenzione⁸¹. Si potrebbe dire che se il *writ for habeas corpus* dovesse avere una qualche sostanza e significato, quest'ultimo non potrebbe che essere rappresentando dal garantire un giusto processo⁸².

La seconda ragione è rappresentata dal criterio impiegato dalla Corte per riconoscere l'applicabilità del *writ for habeas corpus*, il quale ben potrebbe essere adoperato per ammettere anche il giusto processo.

Infatti, la Corte giunse a riconoscerlo attraverso un approccio funzionale e non formale, con cui si ritenne che una previsione costituzionale possa applicarsi anche al di fuori del territorio americano, laddove su di esso ci sia comunque un effettivo controllo da parte degli Stati Uniti e non ci siano degli ostacoli che rendano *impracticable* e *anomalous* la sua applicazione⁸³. La Corte concluse che riconoscere e applicare il *writ for habeas corpus* non avrebbe incontrato degli ostacoli che l'avrebbero reso impraticabile e anomalo. Infatti, ammettendo la giurisdizione dei Tribunali americani, non vi sarebbe stato un incremento eccessivo di spese per garantire l'*habeas corpus*, non si sarebbe compromessa la missione militare a Guantanamo e non si sarebbero create frizioni con il Governo cubano dal momento che comunque non esercitava la sua giurisdizione sull'area. Se questi sono alcuni dei criteri che hanno orientato la decisione della Corte, non si vede perché essi non sarebbero soddisfatti anche laddove fosse richiesto di decidere se a Guantanamo, o in qualunque area extraterritoriale, si possa applicare il *due process of law*. Così facendo, non si aggiungerebbe nulla sul piano economico e procedurale rispetto a quanto già concesso con la sentenza in questione, se non il fatto che verrebbe alzato il livello richiesto per continuare la detenzione e che i detenuti verrebbero effettivamente considerati come *pre-*

⁸¹ In tal senso, D.L. Shapiro, *Habeas Corpus, Suspension, and Detention: Another View*, in *Notre Dame L. Rev.* 59, 64 (2006).

⁸² In tal senso, B.J. Priester, *Terrorist Detention: Directions for Reform*, in 43 *U. Rich. L. Rev.* 1021, 1036 (2009).

⁸³ In generale sui concetti di *impracticable* e *anomalous*, J. Merriam, *A Clarification of the Constitution's Application Abroad: Making the "Impracticable and Anomalous" Standard More Practicable and Less Anomalous*, in 21 *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, (2012), in <https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol21/iss1/5>.

trial civilian detainees. Infatti, parte della dottrina aveva ritenuto che «The characterization of Guantanamo as effectively U.S. territory for constitutional purposes probably means that the Due Process Clause and the Eighth Amendment apply there...»⁸⁴ e anche che «Together, Hamdi and Boumediene give detainees a due process right to judicial review of the government's decision to deprive them of their liberty after their imprisonment had started... The logic of Boumediene's five-justice majority opinion is that the Due Process Clause binds the executive worldwide – from Alaska to Zimbabwe.»⁸⁵. Pertanto, la *Due Process Clause* avrebbe potuto e forse dovuto accompagnare la *Suspension Clause* e tale conclusione sarebbe riconducibile addirittura alla sentenza *Hamdi* (2004), la quale, se si considerassero solo gli istituti e non anche la nazionalità del detenuto oggetto della pronuncia, applicherebbe il giusto processo quale conseguenza del riconoscimento del *writ for habeas corpus* e suo necessario fine.

Tutto ciò porterebbe a ritenere che sarebbe difficile concepire un diritto all'*habeas corpus* senza un corrispondente diritto al giusto processo, perché in assenza di quest'ultimo ci si dovrebbe domandare quale potrebbe essere lo standard con cui giudicare la detenzione.

Giunti a questo punto sarebbe lecito chiedersi se non sia il caso che la Corte Suprema torni ad occuparsi del “caso Guantanamo” affrontando direttamente la questione relativa all'applicabilità del diritto al giusto processo. La risposta sarebbe incerta, poiché se già nel panorama temporale di poco susseguente a *Boumediene*, la Corte, con la stessa composizione, ha respinto dei ricorsi che miravano ad ottenere una pronuncia in tal senso (preferendo lasciare la situazione nell'incertezza e alla sfera di competenza del Distretto di Columbia)⁸⁶, oggi, con una composizione a maggioranza conservatrice, l'esito potrebbe essere insoddisfacente per la tutela dei diritti.

7. Conclusioni

Come già ricordato, il 6 gennaio 2025, il Dipartimento della Difesa americano ha disposto il trasferimento in Oman di 11 detenuti yemeniti che erano stati ritenuti idonei al rilascio, tra i quali anche il sig. Al-Hela che era in attesa che il suo caso venisse riassunto avanti al Tribunale Distrettuale.

Pertanto, è lecito pensare che il Tribunale non si occuperà del caso. Del resto dalla pronuncia della Corte di Appello del Circuito del Distretto di Columbia, intervenuta il 4 aprile 2023, il Tribunale era rimasto silente e nel mentre vi era stato già un tentativo, ad ottobre 2023, di trasferire gli 11

⁸⁴ In tal senso, G.L. Neuman, *The Extraterritorial Constitution After Boumediene v. Bush*, in 82 *S. Cal. L. Rev.*, 286 (2009).

⁸⁵ In tal senso, R. Murphy, A.J. Radsan, *Due Process and Targeted Killing of Terrorists*, in 31 *Cardozo L. Rev.*, 410-411 (2009).

⁸⁶ *V. Petition for Writ of Certiorari at i, Al-Madhrvani v. Obama*, No. 11-7020 (U.S. Oct. 24, 2011), in <http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2012/03/GTMO-11-7020-Al-Madhrvani-pet.pdf>

detenuti dello Yemen in Oman, salvo poi sospendere i colloqui a causa del conflitto tra Israele e Hamas⁸⁷.

Quello che però si può fare, è ragionare su quanto i giudici avrebbero potuto o in futuro potrebbero decidere se qualche detenuto ricorresse prospettando gli stessi interrogativi che la Corte di Appello aveva sottoposto al Tribunale e il relativo precipitato di una siffatta pronuncia. Quest'ultima, se dovesse ammettere il diritto al giusto processo quale parametro per valutare la legalità della detenzione, comporterebbe molteplici conseguenze pratiche sulla sorte dei detenuti. Anzitutto, si pensi ai detenuti ai quali non è ancora stata contestata un'accusa. Questi non potrebbero che essere trattati come coloro che sono trattenuti in attesa di giudizio sul suolo americano e pertanto a loro dovrebbe essere consentito un accesso potenzialmente più libero ai consulenti legali e alle informazioni provenienti dall'esterno⁸⁸. Una seconda conseguenza dovrebbe essere l'aumento delle garanzie processuali nel corso di un qualsiasi giudizio che avesse come imputato un prigioniero di Guantanamo. In questa situazione il Governo avrebbe maggiori difficoltà nel provare tanto la legalità della detenzione quanto la stessa accusa. Da ultimo, ne beneficerebbero anche coloro che seppur idonei al rilascio sono ancora trattenuti. Infatti, la *Due Process Clause* vincolando il Governo federale in tutti e tre i suoi rami (Legislativo, Esecutivo e Giudiziario) ridurrebbe la discrezionalità dell'Esecutivo nella scelta delle loro destinazioni. Un simile epilogo è stato fino ad oggi evitato proprio in virtù dell'assenza del diritto al giusto processo che ha permesso, alla Corte di Appello del Circuito del Distretto di Columbia, di ritenere che la scelta di dove reinsediare i detenuti fosse immune dal sindacato giurisdizionale e esclusiva della discrezionalità dei rami politici⁸⁹.

Ad ogni modo, un incontestabile derivato del *due process of law* dovrebbe essere la cessazione di ogni forma di detenzione (ad eccezione dei casi di intervenuta condanna e al massimo ove la stessa sia veramente imminente) dal momento che lo stesso diritto imporrebbe un limite temporale alla durata di siffatte detenzioni⁹⁰. Pertanto, anche in forza di questa unica ragione, dopo aver valutato il lungo periodo in cui tali privazioni della libertà si sono protratte, il Tribunale dovrebbe dichiarare queste detenzioni incompatibili con il principio costituzionale in esame e ordinare la liberazione degli individui.

A conferma di una simile soluzione deporrebbe anche il pensiero di Alexander Hamilton, uno dei Padri fondatori degli Stati Uniti d'America, il quale nel *Federalist n. 84* scriveva che privare un essere umano della libertà senza formulare un'accusa precisa e svolgere un processo legale costituisce

⁸⁷ A tal proposito, *The U.S. Was Resettling Guantánamo Prisoners. The Hamas Attack Halted Those Plans.* in <https://www.nytimes.com/2024/05/21/us/politics/guantanamo-hamas-israel-oman.html>

⁸⁸ Sul punto, D. Cole, *What To Do About Guantanamo?*, in *NYRB*, Oct. 14, 2010, in <https://www.nybooks-com.altas.uniud.it/articles/2010/10/14/what-do-about-guantanamo/>

⁸⁹ V. *Kiyemba v. Obama*, cit.

⁹⁰ In tal senso, J.A. Geltzer, *Of Suspension, Due Process, and Guantanamo: The Reach of the Fifth Amendment After Boumediene and the Relationship Between Habeas Corpus and Due Process*, in 14 *U. Pa. J. Const. L.*, 730, 760 (2012).

un atto di dispotismo inconcepibile in uno Stato democratico e indiscutibile espressione di un ordinamento tirannico⁹¹.

In questo panorama non desta quindi stupore la conclusione dell'opinione dissenziente del Giudice della Corte Suprema John Paul Stevens, che nella causa *Rumsfeld v. Padilla* (2004) disse «For if this Nation is to remain true to the ideals symbolized by its flag, it must not wield the tools of tyrants even to resist an assault by the forces of tyranny.»⁹².

Pertanto, si può concludere che il Tribunale Distrettuale, seguendo questi insegnamenti, decidendo il caso del sig. Al-hela o più verosimilmente affrontando un nuovo caso sottoposto da un *enemy combatant* attualmente detenuto, dovrebbe pervenire al riconoscimento del diritto al giusto processo ai cittadini stranieri detenuti al di fuori del territorio americano ed in particolare a quelli reclusi a Guantanamo, ma tale conclusione è tutt'altro che certa. Per la verità, pur sostenendo che la soluzione maggiormente corretta, dal punto di vista dell'ordinamento americano e in particolare delle decisioni giurisprudenziali intervenute a partire dal 2004, fosse quella di riconoscere ai detenuti il *due process of law* per tutte le ragioni precedentemente esposte⁹³, non si può però negare che il Tribunale Distrettuale potrebbe ritenere che il *due process of law* non trovi applicazione con riguardo a questa particolare categoria di soggetti o più in generale a qualunque straniero all'estero poiché la Corte Suprema non ha mai affermato chiaramente il contrario oppure potrebbe completamente sottrarsi ad una pronuncia in tal senso, accontentandosi piuttosto di seguire il suggerimento fornito dalla Corte di Appello del Circuito di D.C. e decidere la questione mediante la corretta applicazione dell'Ordine Esecutivo del Presidente Obama del 2011.

Una prova a sostegno della bontà di questa tesi potrebbe giungere dagli avvenimenti occorsi nell'ultimo mese della presidenza Biden, con i quali si ha avuto la dimostrazione che le disposizioni dell'Ordine Esecutivo del Presidente Obama n. 13567 del 7 marzo 2011 possono essere veramente applicate e – anche se dopo molto tempo – consentono di addivenire alla liberazione dei cittadini stranieri detenuti a Guantanamo, anche senza dover decidere se ad essi si applichi il *due process of law*.

Alessandro Giovanni Masotti
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Udine
masotti.alessandrogiovanni@spes.uniud.it

⁹¹ A. Hamilton, *Federalist* n. 84, in <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-81-85#s-lg-box-wrapper-25493491>, «To bereave a man of life, Usays he,e or by violence to confiscate his estate, without accusation or trial, would be so gross and notorious an act of despotism, as must at once convey the alarm of tyranny throughout the whole nation; but confinement of the person, by secretly hurrying him to jail, where his sufferings are unknown or forgotten, is a less public, a less striking, and therefore a more dangerous engine of arbitrary government.»

⁹² V. U.S. Supreme Court, *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004).

⁹³ A tal proposito si veda anche § 6.