

La saga *Al Bahlul v. Usa*: ultimi sviluppi giurisprudenziali in merito alla giurisdizione delle *military commissions*

di Chiara Graziani

Title: The Al Bahlul saga: latest developments in case law on the jurisdiction of military commissions

Keywords: US Supreme Court; national security; Guantánamo.

1. – Le c.d. *military commissions* possono essere considerate come uno degli aspetti maggiormente significativi e, al tempo stesso, controversi della *war on terror* statunitense, se non il vero e proprio simbolo di quest'ultima. Basti ricordare che, al fine di difenderne la legittimità, in risposta alle non poche critiche che esprimevano preoccupazione circa varie caratteristiche di tali commissioni, il Presidente Bush affermava: «we are an open society, but we are at war» (v. *Remarks by President Bush to the U.S. Attorney Conference*, 29-11-2011, consultabile in georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/11/20011129-12.html), così implicitamente affermando l'esistenza di un nesso funzionale fra l'istituzione di commissioni militari, il cui *modus operandi* si pone indubbiamente come derogatorio nei confronti dei principi della giurisdizione propri della Costituzione americana, e l'esistenza di una – per quanto atipica – situazione di emergenza (sui rapporti fra lotta al terrorismo internazionale e guerra, si fa rinvio ad A. Vedaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 75 ss.).

L'istituzione delle commissioni militari, infatti, sottende diversi assunti che rimandano ad un quadro giuridico al di fuori di quello ordinario e più prossimo a quello bellico. Le commissioni militari sono pensate e istituite per processare i c.d. *enemy combatants*, denominazione con cui vengono definiti i soggetti coinvolti in attività terroristiche catturati in territorio non statunitense e, in particolare, in zone di guerra. A questi, tuttavia, gli Stati Uniti hanno sempre ritenuto non applicarsi il diritto internazionale umanitario, né le relative garanzie, tra cui quella del giusto processo. Proprio per questo motivo, fin dagli albori della *war on terror*, i soggetti in questione sono detenuti presso la base militare di Guantánamo, in mancanza di uno specifico capo d'accusa e senza che possano essere processati da tribunali ordinari, la cui giurisdizione è stata in un primo momento ritenuta assente nel territorio di Guantánamo (tuttavia, la Corte Suprema, pochi anni dopo, ha provveduto a negare questa ricostruzione: v. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006)). Sono giudicati, invece, dalle commissioni militari (per questo motivo anche dette “*Guantánamo commissions*”, la cui istituzione è autorizzata dall'*executive order* emanato dal Presidente Bush il 13-11-2001), le quali sono state oggetto non solo del dibattito dottrinale, ma anche di importanti decisioni delle corti statunitensi (v. *infra*). Alla giurisprudenza di queste ultime, volta a censurarne gli aspetti contrastanti con la *rule of law* e a ridimensionarne l'ambito di azione, ha sempre

fatto seguito la reazione legislativa volta a riaffermarne la legittimità. In verità, l'Amministrazione Obama non ha mai celato i propri dubbi sulla loro capacità di garantire ai detenuti *standards* perlomeno assimilabili a quelli del *fair trial*, ma ha comunque continuato ad avallarne l'esistenza (v. il discorso del Presidente Obama riportato in E.R. Wilcox, *Digest of United States Practice in International Law*, Oxford, 2009, 759).

Il caso *Al Bahlul*, che si va a commentare nel prosieguo – tramite un'analisi che riguarderà non solo la pronuncia della Corte Suprema, bensì l'intero *iter* processuale – si inserisce nel filone giurisprudenziale "Guantánamo". In particolare, la questione controversa su cui il presente contributo si soffermerà riguarda la possibilità per le commissioni militari di pronunciarsi su reati totalmente rientranti nelle fattispecie penali ordinarie regolate dal diritto statunitense e non qualificabili – perlomeno non pacificamente, si vedrà nel prosieguo per quali motivi – come crimini di guerra, sulle quali sono quindi, almeno in via di regola, le corti federali e statali ad avere giurisdizione.

L'analisi sarà strutturata come segue. In primo luogo, verranno ricostruiti i fatti e, sinteticamente, l'*iter* processuale che ha portato alla pronuncia. In secondo luogo, i vari gradi di giudizio verranno analizzati più specificamente, cioè soffermandosi sui principali snodi argomentativi affrontati dalle corti per risolvere le questioni giuridiche rilevanti. Nella sezione conclusiva, di carattere analitico-riflessivo, infine, sarà esaminata la decisione della Corte Suprema statunitense, intervenuta nell'ottobre 2017 con il diniego di *certiorari*, il quale, peraltro, non è stato motivato dal Collegio (che non è giuridicamente tenuto a farlo: sul diniego di *certiorari*, v. F. Tirio, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Milano, 2000, 88-91). Nello specifico, nell'analizzare le possibili ragioni alla base di essa, si esamineranno anche le altre pronunce relative a Guantánamo (c.d. *Guantánamo litigation*), allo scopo di far luce sullo stato dell'arte della giurisprudenza statunitense sul tema. A questo proposito, si rifletterà, anzitutto, sulle potenziali conseguenze, in termini di concreta ed effettiva tutela dei diritti, del diniego di *certiorari* da parte della Corte Suprema. Tale valutazione avrà come parametro lo *standard* di riconoscimento e mantenimento delle garanzie costituzionali, nonostante quelli che sono stati definiti "*stressful times*" (per l'utilizzo di questa espressione in riferimento alla diffusione della minaccia terroristica, M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli approaches to the War on Terror*, in 27 *Cardozo L. Rev.*, 2079, 2081 (2006)), laddove non addirittura contesti bellici (v. *supra* in questa sezione, discorso del Presidente Bush).

2. – Ali Hamza Ahmad Sulliman Al Bahlul (nel prosieguo, Al Bahlul) si avvicina alla rete di Al-Qaeda negli anni '90 e viene inserito nel c.d. ufficio media di Bin Laden. In questo contesto, Al Bahlul svolge quella che può essere definita una carriera fulminante: in pochi anni, arriva ad essere considerato il "*media man*" di Bin Laden: gestisce e coordina aspetti cruciali dell'esposizione mediatica di quest'ultimo, ne prepara i discorsi e cura i video propagandistici di Al-Qaeda. Egli viene visto come il propulsore dell'organizzazione terroristica e sono ritenute in gran parte suo merito le sempre più numerose adesioni alla rete terroristica da parte di individui radicalizzati e reclutati tramite i messaggi da lui studiati. Ciò porta Bin Laden a nominare Al Bahlul suo assistente personale, nonché a metterlo a capo dell'ala di Al-Qaeda che si occupa delle relazioni pubbliche. In questa veste, Al Bahlul ha un ruolo determinante nell'ambito degli attacchi dell'11 settembre 2001: non solo prepara il discorso pubblico che Bin Laden terrà subito dopo gli avvenimenti e i giuramenti di fedeltà di due degli attentatori, ma propone anche di prendere parte egli stesso agli attentati, cosa che Bin Laden gli nega, in quanto considera il suo ruolo cruciale per la prosecuzione dell'azione di Al-Qaeda.

Nel 2001, poco dopo gli attacchi alle Torri Gemelle e al Pentagono, Al Bahlul viene catturato in Pakistan dalle forze americane. Nel 2002 viene trasferito, sempre ad opera degli agenti statunitensi, nella base militare di Guantánamo, dove ha inizio la sua detenzione come *enemy combatant* (v. *supra*, § 1 e cfr., per approfondimenti sul concetto di *enemy combatant*, G.C. Harris, *Terrorism, War and Justice: The Concept of the Unlawful Enemy Combatant*, in 26 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 31 (2003)).

Nel 2004, egli viene accusato del reato di cospirazione per la commissione di crimini di guerra e viene condannato da una commissione militare di Guantánamo. Successivamente, l'accusa nei suoi confronti viene estesa fino a ricomprendere i reati di supporto materiale al terrorismo e istigazione alla commissione di crimini di guerra e, conseguentemente, viene condannato. Tale decisione viene confermata in appello dalla *US Court of Military Commission Review* (820 F. Supp. 2d 1141).

A tal punto, Al Bahlul impugna la decisione della *US Court of Military Commission Review* dinanzi alla *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, la quale, se in un primo momento decide di ribaltare la condanna emessa nei suoi confronti (2013 WL 297726, No. 11-1324 (2013)), successivamente, riconsidera il caso *en banc* su richiesta del Governo statunitense. In questa sede, da un lato, conferma la condanna per cospirazione; dall'altro, annulla le altre due imputazioni e rinvia alla Corte in composizione ristretta (767 F.3d 1, 3 (D.C. Cir. 2014), su cui v. S.I. Vladeck, *Military Courts and Article III*, in 103 *Geo. L.J.* 933 (2015)). Quest'ultima, nel 2015, si pronuncia di nuovo, ritenendo che la legge che concede alle commissioni militari di Guantánamo la giurisdizione su reati, come quelli del caso di specie, punibili in base al diritto penale ordinario (e non qualificabili come crimini di guerra), violi l'articolo 3 della Costituzione statunitense che assegna la giurisdizione per «all crimes» alla magistratura ordinaria. Pertanto, risulterebbe violato anche il principio di separazione dei poteri (Al Bahlul v. U.S., 792 F.3d 1 (D.C. Cir. 2015)). Il Governo chiede nuovamente che la questione sia riconsiderata *en banc*. Pertanto, nell'ottobre 2016, la Corte, in composizione allargata e a maggioranza (Ali Hamza Ahmad al Bahlul v. USA, No. 11-1324 (D.C. Cir. 2016); v. *infra* per la ricostruzione delle *concurring* e *dissenting opinions*), ritiene che il Congresso possa riservare alla giurisdizione delle commissioni militari anche reati perseguibili in base al diritto penale ordinario, non riconosciuti come crimini di guerra. Al Bahlul presenta richiesta di *certiorari*, ma, il 10 ottobre 2017, la Corte Suprema oppone diniego, senza motivare sul punto.

3. – A seguito di tale sintetica ricostruzione dell'iter giudiziario del caso, di carattere essenzialmente diacronico-fattuale, ma imprescindibile, data la complessità della vicenda a livello processuale, per un corretto e chiaro inquadramento delle circostanze, appare necessario scendere nello specifico di ciascuna pronuncia menzionata. In tale sede, emergeranno le principali questioni giuridiche legate al caso e si cercherà di contestualizzarle nel panorama legislativo e giurisprudenziale.

Anzitutto, vale la pena soffermarsi sui tre reati alla base della condanna, pronunciata, in prima battuta, da parte delle commissioni militari. Come già detto, all'accusa iniziale di cospirazione alla commissione di crimini di guerra, si aggiungono quelle di istigazione e di supporto morale al terrorismo. A tale proposito, bisogna sottolineare che ciò è dovuto all'intersecarsi della vicenda processuale qui in commento con un altro importante filone della c.d. *Guantánamo litigation*, ossia quell'insieme di pronunce delle corti statunitensi – in particolare, la Corte Suprema – tramite le quali sono stati affrontati diversi aspetti controversi relativi all'istituzione e al funzionamento delle commissioni militari. Nello specifico, il procedimento a carico di Al Bahlul che si svolge di fronte alle *Guantánamo commissions* è sospeso nell'attesa che la Corte Suprema si pronunci sul caso *Hamdan* (per un'analisi di quest'ultimo, v. P.J. Spiro, *International decisions: Hamdan v. Rumsfeld*, in 100 *Am. J. Int'l L.* 888 (2006)). In tale vicenda, infatti, si mette in dubbio la legittimità delle commissioni militari di Guantánamo sotto vari

profili. Ad esempio, la Corte Suprema in *Hamdan v. Rumsfeld* (548 U.S. 557, 613 (2006)) rileva che il funzionamento di tali organismi è in violazione dell'articolo 3 comune alle tre Convenzioni di Ginevra, nonché dello *Uniform Code of Military Justice*. Tale infrazione si verifica, tra l'altro, nella misura in cui la persona accusata e il suo difensore non hanno la possibilità di assistere all'assunzione di tutte le prove, il riferimento è a quelle definite come "closed material", che, per ragioni di sicurezza nazionale, vengono esaminate unicamente dalla commissione militari e da un "security-cleared counsel" (v., per approfondimenti, D. Luban, *Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo*, in 60 *Stan. L. Rev.* 1981 (2008)), nonché a causa della privazione dell'*habeas corpus*. Tuttavia, come ampiamente noto, essendo considerata la rinuncia alle commissioni militari un prezzo troppo alto da pagare, il Congresso approva il *Military Commission Act 2006*, tramite cui viene fornita base legale alle commissioni militari e per mezzo del quale si ritiene di dover "superare" la pronuncia *Hamdan*, sostanzialmente privandola di ogni effetto (si perpetua, così, una sorta di "braccio di ferro" fra Corte Suprema e Legislatore, già iniziato in tempi precedenti relativamente ad altri aspetti critici delle commissioni militari; sulla questione, v. ampiamente C.A. Bradley, *Agora (Continued): Military Commissions Act of 2006*, in 101 *Am. J. Int. L.* 322, 327-328 (2008)). Ad ogni modo, ciò che è rilevante per il caso in esame è che il *Military Commission Act* istituisce anche una lista di trenta crimini, su cui le commissioni militari hanno giurisdizione, indipendentemente dal fatto che siano commessi prima o dopo l'11 settembre 2001. Per tale motivo, quindi, l'accusa nei confronti di Al Bahlul viene ampliata e, in un certo senso, "corretta", al fine di far rientrare le fattispecie fra quelle elencate dal *Military Commission Act*, ossia cospirazione per la commissione dei crimini di guerra, supporto materiale al terrorismo e istigazione alla commissione di crimini di guerra. Una volta che questa condanna viene confermata dalla *US Court of Military Commission Review*, Al Bahlul fa appello davanti alla Corte d'Appello distrettuale. Il motivo per cui, in un primo momento, tale collegio ritiene di accogliere le sue doglianze consiste principalmente nell'affermazione del carattere non retroattivo del *Military Commission Act*. Di conseguenza, non sarebbe possibile che le commissioni militari condannino un individuo per reati, pur rientranti fra quelli assegnati alla loro giurisdizione, qualora questi siano stati commessi in un momento precedente all'entrata in vigore del *Military Commission Act* stesso, a meno che tali condotte non fossero già considerate come crimini di guerra e, pertanto, fossero già riconducibili alla giurisdizione delle commissioni militari. Per giustificare tale interpretazione, viene fatto perno sulla sentenza *Hamdan II (Hamdan v. United States (Hamdan II))*, 696 F.3d 1238, 1248 (D.C. Cir. 2012)), nella quale la stessa Corte aveva annullato la condanna per supporto materiale al terrorismo proprio perché questo reato non era considerato come un crimine di guerra – ai sensi del diritto internazionale – prima dell'entrata in vigore del *Military Commission Act*. Il principio per cui le commissioni militari potessero avere giurisdizione sui crimini di guerra è ricavabile da un precedente della Corte Suprema ben più risalente rispetto all'11 settembre 2001 (*Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)), in cui la questione riguardava la possibilità di sottoporre al giudizio di una corte militare alcuni agenti nazisti che, durante la seconda guerra mondiale, avevano tentato il sabotaggio di diversi stabilimenti industriali militari americani. In tale situazione, la Corte Suprema, all'unanimità, aveva giudicato legittima l'istituzione delle commissioni militari, ritenendo insussistente la violazione del V e VI Emendamento della Costituzione americana, che fissano alcune delle garanzie del *due process of law*. Infatti, i soggetti in questione avevano violato il diritto di guerra, caratterizzandosi così come "unlawful enemy combatants". La Corte Suprema aveva quindi sottolineato che il Congresso, per mezzo degli *Articles of War*, aveva autorizzato l'istituzione di tribunali militari per casi in cui questo fosse specificamente previsto o da uno *statute*, oppure dalla *law of war*. Perciò, fin dal 1942, la giurisdizione delle corti militari rimaneva circoscritta a questi casi: è chiaro, pertanto, che il *Military Commission Act* pone una deroga a questa regola e, alla luce del suo carattere eccezionale, non può essere interpretato in modo retroattivo. Considerarlo tale,

al contrario, violerebbe la c.d. *Ex Post Facto Clause*, ossia il divieto di retroattività contenuto nell'art. 1, parr. 9 e 10 della Costituzione statunitense. Peraltro, la Corte ritiene che questa violazione sia ravvisabile applicando lo *standard* del *plain error*. Si tratta di una dottrina processuale, originatasi dalla *common law* e poi codificata a livello normativo, in base alla quale, nel caso in cui la corte inferiore abbia commesso un errore di giudizio rilevabile *ictu oculi*, questo può essere corretto d'ufficio in sede di *review* della decisione (per maggiori approfondimenti, si rinvia a J.L. Lowry, *Plain Error Rule – Clarifying Plain Error Analysis Under Rule 52(b) of the Federal Rules of Criminal Procedure*, in 84 *J. Crim. L. & Criminology*, 1065 (1994)).

Un ragionamento diverso, invece, viene seguito dalla stessa Corte distrettuale nel momento in cui riconsidera il caso *en banc*. Essa, infatti, ritiene che l'applicazione retroattiva del *Military Commission Act* nei confronti di Al Bahlul non si sostanzi in una manifesta violazione della *Ex Post Facto Clause*. Al contrario, si sottolinea che, in verità, la cospirazione alla commissione di crimini di guerra potesse già essere considerata, prima dell'entrata in vigore del *Military Commission Act*, come un crimine di guerra. La motivazione di tale assunto risiede nel fatto che nel concetto di «law of war» menzionato dagli *Articles of War*, rientrano non solo i crimini di guerra definiti tali dal diritto internazionale, ma anche quelli rapportabili a tale categoria in base al *common law* statunitense (per un'ampia ricostruzione del dibattito sul tema, si rinvia a J.D. Ohlin, *The Common Law of War*, in 58 *Wm. & Mary L. Rev.* 493 (2016)). Pertanto, le conclusioni opposte a cui arrivano le due decisioni dipendono da due diverse interpretazioni del concetto di *law of war* definito dal diritto statunitense (in particolare, dagli *Articles of War*). Tuttavia, la statuizione della Corte distrettuale *en banc* riguarda solamente il reato di cospirazione. Per gli altri due, viene pacificamente affermato che, non essendo essi riconosciuti come crimini di guerra prima dell'entrata in vigore del *Military Commission Act*, né dal diritto internazionale né da quello interno, la relativa incriminazione viola la *Ex Post Facto Clause*. Ad ogni modo, nell'affermare, sul piano teorico, la possibilità di sostenere l'accusa nei confronti di Al Bahlul relativamente alla cospirazione, la Corte rinvia la determinazione del merito al *panel* originario del collegio. Quest'ultimo, nel 2015, si pronuncia, non rinunciando alla propria visione della vicenda, ma anzi strutturandola in maniera più organica. Da un lato, infatti, si sostiene che vi è violazione del principio di irretroattività nel ritenere applicabile il *Military Commission Act* in caso di commissione di un reato non qualificabile come crimine di guerra ai sensi del – solo – diritto internazionale prima della sua entrata in vigore. Dall'altro lato, la Corte distrettuale ritiene che affidare alle commissioni militari, seppure con legge, la giurisdizione sul reato di cospirazione violi la separazione dei poteri, in particolare ponendosi in contrasto con l'art. 3 della Costituzione americana, che specifica le attribuzioni del Giudiziario (tra cui, la giurisdizione su «all crimes» della magistratura ordinaria). A fronte di questa sentenza, il Governo chiede e ottiene nuovamente la riconsiderazione del caso *en banc*.

Nella sua ulteriore decisione avvenuta nell'ottobre 2016, la Corte distrettuale, in composizione allargata, ribalta, per la seconda volta, quanto affermato dal Collegio ristretto. Tuttavia, la maggioranza, composta da sei giudici, non utilizza in maniera compatta la stessa *ratio decidendi*. La prima base motivazionale (cui fanno ricorso quattro giudici) consiste nell'affermare che gli articoli 1 e 2 della Costituzione americana non ostano alla previsione secondo cui il reato di cospirazione possa essere sottoposto alla giurisdizione delle commissioni militari. La seconda (cui fa riferimento un solo giudice) afferma la condanna di Al Bahlul in base allo *standard* del *plain error*, senza soffermarsi sulla possibilità o meno per il Congresso di stabilire che chi si è macchiato del reato in questione debba essere giudicato da una commissione militare. La terza (anch'essa riscontrata nella *opinion* di un solo giudice) appare più articolata. In effetti, il giudice Wilkins argomenta che il reato di cospirazione ha un "doppio volto". Essa non è solo un'autonoma fattispecie di reato, bensì può essere considerata alla stregua di una teoria della responsabilità nell'ambito del concorso di reati. Se, da una parte, considerare la

conspirazione come reato a sé la pone effettivamente al di fuori delle fattispecie rientranti fra i crimini di guerra, il discorso cambia se la si analizza sotto il secondo profilo. Infatti, ritenere che chi cospira a favore della commissione dei crimini di guerra rientri a pieno titolo nei soggetti attivi del crimine di guerra stesso, fa sì che trasli su di lui l'accusa relativa a quest'ultimo. Risulta così automaticamente superato il dubbio relativo alla configurabilità o meno della cospirazione come crimine di guerra. Si registra, infine, una *dissenting opinion*, sottoscritta da due giudici, i quali continuano ad argomentare la violazione del principio di separazione dei poteri, in particolare dell'articolo 3 della Costituzione federale.

In questa fase dell'*iter* procedurale si inserisce la richiesta di *certiorari* da parte di Al Bahlul, il quale si rivolge, pertanto, alla Corte Suprema. Tuttavia, pur essendo la decisione di quest'ultima fortemente attesa ed essendosi nelle sue more innescato un acceso dibattito dottrinale, in particolare in merito alla giurisdizione delle commissioni militari su crimini punibili dal diritto penale ordinario (si veda, ad esempio, l'*amicus curiae brief* presentato da un *team* di esperti legali del National Institute of Military Justice, a capo dei quali il prof. S.I. Vladeck; esso è reperibile *online* in www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/05/Bahlul-NIMJ-Amicus-1.pdf e sintetizza le diverse letture della questione, propendendo per l'accoglimento della richiesta di *certiorari*), tali aspettative sono state deluse. In effetti, come si è già anticipato, il 10 ottobre 2017 la Corte Suprema ha negato il *certiorari* senza motivare, ponendo fine alla controversia.

4. – Come emerso dall'analisi, la questione di rilevanza costituzionale alla base della vicenda che qui si commenta è relativa alla sussistenza o meno della giurisdizione delle commissioni militari in relazione a reati non qualificabili – o perlomeno non pacificamente – come crimini di guerra, ma punibili in base al diritto penale ordinario.

Sicuramente, l'estensione della giurisdizione delle commissioni militari rientrava, in modo più o meno palese, fra gli obiettivi della *war on terror* statunitense, rappresentandone peraltro uno degli aspetti più controversi, come testimoniato dall'ampio dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sul tema ed in parte ripercorso dal presente lavoro.

Il fatto che la vicenda *Al Bahlul* sia approdata alla Corte Suprema poteva rappresentare, per quest'ultima, l'opportunità di chiarire, in via definitiva, la propria posizione sul punto. Aver perso tale occasione, da un lato, apre alla cronicizzazione dell'incertezza, che ha marcato, fino a questo momento, il versante giurisprudenziale; dall'altro, risulta un'inspiegabile contraddizione, se si considerano gli approdi della giurisprudenza statunitense – in particolare, il riferimento è alla Corte Suprema stessa – in relazione ad altri aspetti della *Guantánamo litigation*.

Infatti, è necessario ricordare che la Corte Suprema si è più volte "scagliata" contro l'opposizione, da parte del Governo, del limite *territoriale* alle garanzie della Costituzione. Con ciò deve intendersi la posizione, difesa dall'esecutivo dinanzi la Corte Suprema, secondo cui la commissione militari potrebbero avere giurisdizione (con conseguente applicazione delle relative procedure in violazione dei diritti garantiti dalla Costituzione statunitense), sottraendola alle corti federali, in territori come Guantánamo, asseritamente al di fuori della sfera di sovranità statunitense. Sul tema, va sottolineato che, nell'ambito del caso *Boumediene v. Bush* (553 U.S. 723 (2008)), la Corte Suprema ha chiaramente affermato che gli Stati Uniti detengono la sovranità *de facto* sul territorio di Guantánamo, non potendosi perciò configurare nessuna eccezione alla disciplina posta dalla Costituzione in tema di diritti (ad esempio, l'*habeas corpus*).

Similmente, nei casi precedenti che integrano, insieme al caso *Boumediene*, il filone della *Guantánamo litigation*, ossia *Hamdi v. Rumsfeld* (542 U.S. 507 (2004)), *Rasul v. Bush* (542 U.S. 466 (2004)), *Hamdan v. Rumsfeld* (548 U.S. 557 (2006)), la Corte Suprema aveva chiaramente negato le limitazioni di carattere *personale* all'applicazione delle

garanzie costituzionali, affermando la giurisdizione delle corti federali su casi di *habeas corpus* relativi a cittadini anche non statunitensi detenuti a Guantánamo (per un’analisi approfondita di questi casi, si rinvia a M.C. Rahdert, *Double-Checking Executive Emergency Powers: Lessons from Hamdi and Hamdan*, in 80 *Temp. L. Rev.* 451 (2007); T. Yin, *Boumediene and Lawfare*, in 43 *U. Rich. L. Rev.* 865 (2009)).

Pertanto, la situazione appare abbastanza peculiare. Alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema appena citata, letta in combinato disposto con le norme (v. *supra*, § 3) che legittimano l’istituzione di commissioni militari qualora questo sia previsto dalla *law of war*, tali commissioni dovrebbero poter dunque operare limitatamente a tali ristretti casi. Tuttavia, per mezzo di un’interpretazione estensiva del concetto di *law of war*, proposta dalla giurisprudenza, al fine di farvi rientrare anche fattispecie così definite non solo dal diritto internazionale, ma anche dalla c.d. *common law of war* statunitense, si è giunti ad una riespansione dell’ambito di attività delle commissioni. Dal canto suo, la Corte Suprema, negando il *certiorari* nel caso in esame, ha perso l’occasione di delegittimare tale impostazione esegetica.

Potrebbe ipotizzarsi che, con l’*escamotage* consistente nel “decidere di non decidere”, la Corte Suprema abbia cercato di non portare alle estreme conseguenze un filone giurisprudenziale (quello, appunto, della *Guantánamo litigation*). Infatti, lo scenario che si presenta vede, da una prospettiva più generale, il rapporto fra la sicurezza e diritti propendere a favore della prima; la riluttanza, da parte delle varie Amministrazioni succedutesi nel corso degli anni a partire dall’11 settembre 2001 (Bush, Obama, ed ora Trump), nei confronti della chiusura di Guantánamo. Questo quadro potrebbe aver fatto percepire alla Corte Suprema sia una certa “inefficacia” delle proprie decisioni (che, se fossero state effettivamente prese in considerazione, avrebbero dovuto, prima o poi, portare alla fine del sistema delle commissioni militari), sia una necessità di ricalibrare il proprio approccio, evitando di scardinare un ulteriore appiglio all’impiego delle commissioni stesse. Tuttavia, la Corte potrebbe non aver voluto fare ciò in modo esplicito, trovandosi a dover motivare questioni che, pur all’apparenza prettamente giuridiche, potrebbero avere un notevole peso politico. Di qui la mancanza di qualsiasi motivazione al diniego di *certiorari*. Perciò, c’è da chiedersi se, rifiutando il *certiorari* il 10 ottobre 2017, la Corte Suprema non abbia avvicinato il proprio atteggiamento agli *standards* deferenziali cui essa è avvezza – ma, in verità, non si discostano da tale approccio anche le corti inferiori statunitensi –, ad esempio, in tema di invocazione del segreto di Stato (è emblematica la vicenda *El-Masri*, per la parte svoltasi dinanzi gli organi giurisdizionali statunitensi; v. ampiamente sul punto A. Vedaschi, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in corso di pubblicazione in *Am. J. Comp. L.*; Id., *Globalization of Human Rights and Mutual Influence between Courts. The Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, in S. Shetreet (ed.), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace*, Leiden-Boston, 2014, 109 ss. e, per una comparazione con la trattazione del segreto sul versante italiano, Id., *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 978 ss.).