

Independența sistemului judiciar din SUA: victimă a „războiului declarat terorismului”

Wayne McCormack*

Rezumat:

Acest articol¹⁰¹ abordează principalele cauze mai întâi prin natura acțiunilor guvernamentale atacate și subsecvent prin doctrinele speciale invocate. Ceea ce încercă să demonstrez este că puterea judecătorească și-a abandonat practic rolul său fundamental din sistemul SUA, respectiv cel al exercitării controlului judiciar. În fața susținerilor guvernamentale privind situația de criză și necesitățile naționale de securitate, instanțele au refuzat să analizeze sau au examinat cu o deferență exagerată, acțiunile agenților guvernamentali. În mod straniu, Curtea Supremă, dominată de republicani, a arătat o rezistență mai îndârjită decât instanțele ierarhic inferioare, dar tot a evitat anumite probleme serioase.



Abstract:

This paper catalogs the principal cases first by the nature of the government action challenged and then by the special doctrines invoked. What I attempt to show is that the judiciary has virtually relinquished its valuable role in the U.S. system of judicial review. In the face of governmental claims of crisis and national security needs, the courts have refused to examine, or have examined with undue deference, the actions of government officials. Oddly enough, the mostly Republican Supreme Court has shown more stiff resistance than most of the lower courts but still has ducked some significant issues.

Keywords: judicial independence, Guantanamo, enemy combatant, judicial review, unlawful surveillance

* Profesor universitar, College Of Law, University of Utah.

E-mail: mccormack@law.utah.edu

¹⁰¹ Nota autorului: „O mare parte din acest articol a se bazează pe cercetarea realizată de către Erik Luna, Washington & Lee pentru cea de-a doua ediție realizată împreună a titlului

«Understanding the Law of Terrorism». Sper că nu am plagiat munca lui Erik și subliniez că tezele și criticile din această lucrare îmi aparțin în întregime. Nu doresc să îi atribui lui Erik, fără permisiunea sa, criticile făcute la adresa sistemului judiciar federal”.

Una dintre victimele principale ale așa-zisului „Război declarat terorismului” de către SUA a fost independența sistemului judiciar american. De nenumărate ori, cereri de chemare în judecată cu privire la acțiuni pretins nelegale ale agenților guvernamentali a au fost respinse, fie din cauza unei deferențe necondiționate față de Guvern, fie din cauza anumitor doctrine speciale, cum ar fi secretele de stat sau condițiile de calitate procesuală. Personal, chiar am descris comportamentul SUA de la 9/11 ca fiind „Războiul asupra statului de drept” în *Mitchel Journal*.

Acest articol abordează principalele cauze mai întâi prin natura acțiunilor guvernamentale atacate și subsecvent prin doctrinele speciale invocate. Ceea ce încercă să demonstrez este că puterea judecătorească și-a abandonat practic rolul său fundamental din sistemul SUA, respectiv cel al exercitării controlului judiciar. În fața susținerilor guvernamentale privind situația de criză și necesitățile naționale de securitate, instanțele au refuzat să analizeze sau au examinat cu o deferență exagerată, acțiunile agenților guvernamentali. În mod straniu, Curtea Supremă, dominată de republicani, a arătat o rezistență mai îndârjită decât instanțele ierarhic inferioare, dar tot a evitat anumite probleme serioase.

Cum încalcă aceste cauze principiile independenței sistemului judiciar? Standardele „Mount Scopus” impun ca „în exercițiul funcției judiciare, judecătorul este supus numai legii și convingerii sale”. Mai mult, judecătorii „trebuie să aibă o libertate neîngrădită de a decide cauzele

cu imparțialitate, în acord cu propria lor conștiință, a interpretării faptelor și în acord cu normele de drept aplicabile în cauză” Declarația de la Montreal din 1983 subliniază în mai multe moduri, importanța Statului de Drept și a procesului echitabil.¹⁰²

În cauzele analizate aici, Guvernul SUA a susținut că analiza realizată de către judecători în mai multe acțiuni întreprinse împotriva presupușilor răufăcători ar constitui o amenințare la adresa siguranței naționale. Acest tip de presiune poate fi calificată drept intimidare. Când astfel de presiuni sunt exercitate pentru a crea excepții de la principii de drept statornicite, se nesocotește dreptul la un proces echitabil.

Poate că unul sau două exemple ale avertismentelor guvernamentale despre consecințele unei decizii judiciare poate fi calificată ca încadrându-se într-o dezbateră juridică. Dar o lungă înșiruire de amenințări și intimidări în vedere îndepărtării de reguli bine stabilite, nesocotește independența judiciară. Acesta a fost parcursul „Războiului declarat terorismului” de către SUA de mai bine de un deceniu.

A. Acțiunile supuse controlului jurisdicțional

Ceea ce urmează este o simplă listă cu acțiunile guvernamentale care au fost contestate în fața instanțelor judecătorești și o scurtă expunere cu privire la modul în care instanțele au răspuns solicitărilor Guvernului de acordare a deferenței

1. Guantanamo

În cauza *Boumediene c. Bush*,¹⁰³ Curtea supremă a permis SUA să

¹⁰² 1.03 Judecătorii și instanțele sunt libere în exercitarea atribuțiilor de a se asigura de respectarea statului de drept și nu vor permite nicio influență din partea vreunui guvern sau orice alte autoritate străină de legile de organizare și de interesele dreptului internațional.

1.05 Judecătorii se bucură de libertatea de

gândire și, în exercitarea atribuțiilor, vor evita să fie influențați de orice considerente, în afara celor de drept internațional.

1.08 Judecătorii vor promova principiul dreptului la un proces echitabil ca fiind o parte integrantă din independența justiției.

¹⁰³ 553 U.S. 723 (2008).

mențină în detenție presupuși „teroriști” conform unor standarde neformulate care urmează să fie dezvoltate de către instanțele inferioare, cu „deferență” față de constatările Executivului. Intimidarea exercitată față de Curte a fost reflectat în comentariu informal a judecătorului Scalia care a arătat că hotărârea Curții va „cauza în mod cert moartea și mai multor americani”

2. Detenția și Tortura

Khalid El-Masri¹⁰⁴ a susținut că a fost deținut în „centre negre” ale CIA și torturat – cauza a fost respinsă conform doctrinei „privilegiul secretului de stat” (SSP)

Maher Arar¹⁰⁵ este un cetățean canadian care a fost deținut în Aeroportul Kennedy de către autoritățile SUA, trimis în Siria pentru a fi încarcerat și supus unor rele tratamente și în final eliberat către autoritățile canadiene – cauza a fost respinsă conform excepției „factorilor speciali” în cazul răspunderii civile delictuale întemeiate pe acțiuni ilicite ale agenților federali – i-a fost acordat \$1 milion de către autoritățile canadiene.

Jose Padilla¹⁰⁶ a fost arestat la debarcare pe Aeroportul O’Hare, încarcerat în SUA pentru 5 ani, fără a fi adus în fața instanței și este susținut că a fost maltratat în închisoare – cauza a fost respinsă pe temeiul imunității „bunei-credințe”

Binyam Mohamed¹⁰⁷ a fost supus „metodelor dezvoltate de interogare” în mai multe „centre negre” ale CIA înainte de a fi repatriat în Anglia, unde i-au fost acordate daune în cuantum de 1 milion de £ - cauza în SUA a fost respinsă conform doctrinei SSP

3. Privările nelegale de libertate

Abdullah Al-Kidd¹⁰⁸ a fost arestat ca un martor relevant, deținut în mai multe penitenciar pentru două săptămâni și ulterior a fost dispus față de acesta măsura arestului la domiciliu pentru 15 luni – cauza a fost respinsă în temeiul „imunității calificate” și pe aparenta validitate a mandatului de martor relevant.

Ali Al-Marri a fost inițial acuzat de mărturie mincinoasă și ulterior deținut ca soldat inamic o perioadă de 4 ani înainte ca Curtea de al Patrulea Circuit să statueze că trebuie să fie eliberat sau judecat.¹⁰⁹

Javad Iqbal¹¹⁰ a fost deținut pentru încălcări privind dreptul de ședere în New York după 9/11 și susține că a fost maltratat în baza profiling-ului etnic – cauza a fost respinsă întrucât acesta nu a putut proba autorizația emisă de Avocatul General (**s.n.** funcție care cumulează atât pe cea de Ministru de justiție cât și pe cea de Procuror General) pentru practici nelegale și lipsa de voință a instanței de a devia atenția autorităților de la securitatea națională.

Osama Awadallah¹¹¹ a fost reținut în Los Angeles după ce numele și numărul său de telefon au fost găsite într-un pachet de gumă de mestecat în mașina unuia dintre teroriștii de la 9/11 – a fost acuzat de mărturie mincinoasă în fața marelui juriu (**s.n.** un juriu compus din 23 sau mai mulți jurați care are rolul anchetării și trimiterii în judecată în cazul crimelor) și a fost deținut ca martor relevant – Curtea pentru al Doilea Circuit a desființat hotărârea Curții districtuale din

¹⁰⁴ El-Masri v. United States, 479 F.3d296 (4th Cir. 2007).

¹⁰⁵ Arar v. Ashcroft, 414 F. Supp.2d250 (E.D.N.Y. 2005), aff’d by585 F.3d559 (2009).

¹⁰⁶ Padilla v. Yoo, 678 F.3d748 (9th Cir. 2012).

¹⁰⁷ Mohamed v. Jeppesen Dataplan,614 F.3d 1070 (9th Cir.en banc2010).

¹⁰⁸ Al-Kidd v. Ashcroft, 580 F.3d949, 951-52(9th Cir.2009).

¹⁰⁹ Al-Marri v. Wright, 487F.3d 160(4th Cir.2007).

¹¹⁰ Ashcroft v. Iqbal, 129S. Ct. 1937(2009).

¹¹¹ United States v. Awadallah, 349F.3d 42 (2d Cir. 2003); see also In re Grand Jury Material 12 Witness Detention,271 F.Supp.2d 1266 (D. Or. 2003); In re Application of U.S. for a Material Witness Warrant, 213F. Supp. 2d 287(S.D. N.Y. 2002).

cauza interpretării abuzive a normelor privind martorul relevant.

4. Mijloacele de supraveghere nelegale

Amnesty International¹¹² este una dintre organizațiile care au formulat cereri de chemare în judecată, având convingerea că le sunt monitorizate de către Agenția Națională de Securitate comunicațiile cu clienți străini și cu corespondenții – cererea fost respinsă întrucât confidențialitatea programului de spionaj NSA crea o imposibilitate de probare că o anumită persoană sau grup era monitorizată. Validitatea întregii Legi privind Supravegherea Externă (FISA) este întemeiată pe excepția „nevoilor speciale” de la al Patrulea Amendament, o concluzie care a fost respinsă de către o Curte districtuală, deși admisă de către altele.

5. Asasinatele

Presa a relatat despre Anwar Al-Awlaki (sau Aulaqi)¹¹³ că ar fi fost menționat de către Președintele Obama pe o „Listă de asasinate” – procesul intentat de către tatăl său a fost respins întrucât Anwar însuși se putea prezenta și putea cere acces la instanțele din SUA – nu numai Anwar dar și fiul său au fost ulterior uciși în atacuri distincte cu drone.

6. Confiscarea bunurilor

Ministerul de Finanțe a constat că atât Fundația islamică Al Haramain¹¹⁴ cât și KindHearts for Charitable Humanitarian Development¹¹⁵ sunt folosite pentru a strânge bani pentru Hamas, iar bunurile lor au fost indisponibilizate – în ciuda constatărilor privind încălcarea dreptului la un proces echitabil de către instanțele inferioare, indisponibilizarea bunurilor a fost menținută întrucât susținerea dată de

către acesta fundații pentru activitățile teroriste este de notorietate.

B. Eludarea răspunderii

Astfel cum am arătat mai sus, există o multitudine de doctrine care au fost folosite pentru a împiedica instanțele să exercite un control asupra acțiunilor guvernamentale desfășurate în numele combaterii terorismului. Doresc să analizeze invocarea următoarelor șase doctrine:

1. Deferența

Cuvântul „deferentă” este utilizat frecvent pentru descrierea atitudinii instanțelor față de deciziile executivului sau ale legislativului. În principiu, nu este nimic în neregulă cu ideea de deferență. Este rezonabil ca o instanță care analizează o cauză să accepte constatările unei alte entități dacă există un „temei rezonabil” pentru acele constatări. Un exemplu dus la extrem este reprezentat de acceptarea de către instanță a decizie legislativului cu privire la nivelul taxelor pentru o anumită activitate – în această situație, am merge mai departe și am spune că decizia aparține „competenței unei alte puteri în stat” și am conchide că este o „chestiune politică”, care nu poate fi analizat de către o instanță judecătorească. Aflându-se în domeniul controlului jurisdicțional, dar beneficiind de o importantă doză de deferență poate fi considerată și o constatare a Congresului că o anumită activitate are „un efect substanțial” asupra comerțului interstatal. Întrucât Curtea Supremă a putut să constate că susținerea conform căreia utilizarea de către fermieri a făinii făcute în casă în scopuri comerciale afecta cererea

¹¹² Clapper v. AmnestyInt'l USA, 133 S. Ct. 1138(2013).

¹¹³ Al-Aulaqi v.Obama, 727 F.Supp.2d 1 (D.D.C.2010).

¹¹⁴ Al Haramain Islamic Foundation v. U.S. Dept. Of Treasury.

¹¹⁵ Kindhearts for Charitable Humanitarian Development, Inc.v.Geithner,710 F.Supp.2d 637 (N.D. Ohio 2010).

„Cu capul în nisip” este atitudinea justiției americane în ultimul deceniu ce reprezintă un record destul de sumbru, care nu se încadrează în standardul ridicat pentru independență judiciară pe care publicul american a ajuns să se bazeze.

interstatală pentru făină, Curtea a menținut normele federale privind reglementarea făinii făcute în casă. Această formă de deferență este numai o exprimare a greutății pe care Curtea o poate atașa unei constatări a unei situații de fapt realizată la nivel legislativ.

Alte exemple de deferență pot fi găsite pe tărâmul deciziilor executive privind afacerile externe. Exemplul dus la extrem este reprezentat de puterea necondiționată a Președintelui de a recunoaște o anumită entitate ca fiind guvernul legitim al altei țări. Un exemplu mai temperat, dar tot arătând deferență față de deciziile executivului este reprezentat de numeroasele ocazii în care Ministerul de Finanțe decide că o țară desfășoară activități care încalcă restricții stabilite prin norme federale și ar trebui să fie supusă unui embargo. O instanță ar spune că nu este suficient de bine înzestrată pentru a da o altă interpretare constatărilor pe care se întemeiază decizia, din cauză că faptele sunt complexe și ascunse în spatele mai multor tranzacții internaționale.

Acestea sunt exemple pe deplin justificate de deferență a sistemului judiciar față de constatările executivului sau legislativului. Multe dintre statuările de

deferență care au fost făcute pe tărâmul luptei împotriva terorismului sunt de asemenea justificate, dar deferența a ajuns în timp la un nivel îngrijorător.

Cauzele privind Guantanamo sunt un punct bun de plecare în această analiză pentru că arată răspunsul dat de către Curtea Supremă la solicitările Guvernului de arătare a unei deferențe extreme, instanța supremă răspunzând cu un minim de deferență însoțită de susținere privind exercitarea controlului judiciar. Modalitatea de exercitare a controlului judiciar adoptată de către Curte pentru deținuții din Guantanamo a dus în cele din urmă la o formă slabă de control, care nu elimină în totalitate independența judiciară dar permite o deferență considerabilă față de constatările executivului.

După analiza deciziilor privind Guantanamo, vreau să expun cazurile extreme de deferență în ceea ce privește deținuții de pe teritoriul SUA, făcând trimitere la mai multe cauze în care persoane au fost deținute pentru mai mulți ani fără nici un fel de control jurisdicțional. Și ulterior, mai există și mecanismele Legii supravegherii informative externe, care se întemeiază pe excepția „nevoilor speciale” de la al Patrulea Amendament dar în cauzele individuale se bazează, în principiu, pe declarații nesupuse controlului date de către agenți guvernamentali.

a. „Soldat inamic” și deținuții de la Guantanamo

Yaser Hamdi este unul dintre cei doi cetățeni care a apărut în fața Curții Supreme în 2004.¹¹⁶ Acesta a fost ridicat din Afghanistan în aceeași zi și în același loc cu John Walker Lindh. În timp ce Lindh a fost dus direct în Districtul de Est al Virginiei (aterizând pe Andrews AFB), Hamdi a fost mai întâi dus la Guanta-

¹¹⁶ Hamdi v. Rumsfeld, 542U.S. 507(2004), rev'g 316 F.3d450 (4th Cir. 2003).

namo, dar atunci când s-a descoperit că era un cetățean american, a fost transportat la un penitenciar al forțelor navale, mai întâi la Norfolk, Virginia și ulterior la Charleston, Carolina de Sud. A fost deținut *incommunicado* și o petiție de *habeas corpus* a fost formulată în numele său de către tatăl acestuia. Deși această cauză nu privește Guantanamo, cauzele ulterioare legate de acel loc nefericit pot fi mai ușor înțelese dacă ne uităm mai întâi la această detenție extra-judiciară a unui cetățean de către armată.

Inițial, Curtea din cel de-al Patrulea Circuit a arătat o deferență totală față de Guvern, având în vedere că „din cauză că nu era contestat faptul că Hamdi a fost capturat într-o zonă în care se desfășurau efectiv lupte într-un teatru de operațiuni extern” nicio examinare factuală sau ședință pentru dezbateri care ar fi permis lui Hamdi să fie ascultat sau să conteste aserțiunile Guvernului nu era necesară sau adecvată”.¹¹⁷ La aceasta, Curtea Supremă a răspuns:

Mai întâi, Guvernul susține însușirea argumentelor instanței din al Patrulea Circuit, respectiv că din moment ce este „necontestat” că reținerea lui Hamdi a avut loc într-o zonă de conflict, analiza *habeas* constituie numai o chestiune de drept, care nu mai necesită și o dezbateri sau alte constatări de fapt. Acest argument este cu ușurință înlăturat. Circumstanțele privind reținerea lui Hamdi nu pot fi descrise în nici un caz ca fiind „necontestate” întrucât „acele circumstanțe nu au fost nici recunoscute în fapt și nici nu sunt susceptibile de a crea excepții în drept, întrucât lui Hamdi nu i-a fost permis să vorbească în nume propriu sau prin avocat despre acele circumstanțe”.¹¹⁸

Solicitările de deferență importante au venit de la limbajul de „război” utilizat de

către Guvern pentru a acoperi toate tipurile de detenție a preținșilor colaboratori a grupurilor ostile.

Cel de-al doilea argument al Guvernului necesită o analiză mai atentă. Prin acesta a fost susținut că o analiză mai profundă a situației de fapt este neavenită și neadecvată, având în vedere interesele constituționale fundamentale în cauză. Conform exprimării celei mai vehemente a acestui argument, „respectul pentru separația puterilor în stat și a competenței limitate a instanțelor în domeniul deciziilor militare luate cu privire la un conflict în desfășurare” ar trebui să elimine în totalitate orice fel de proces judiciar individual, restricționând instanțele la analiza dacă există o autorizație legală pentru întregul mecanism de detenție. Cel mult, susține Guvernul, instanțele ar trebui să controleze dacă un cetățean este un soldat inamic, conform standardului „existenței unui indiciu” care să arate multă deferență Guvernului.

În replică, Hamdi a subliniat că această Curte a recunoscut în mod constant că o persoană care contestă detenția sa nu poate fi privată de libertate la discreția Executivului fără existența unei căi procesuale în fața unui tribunal imparțial care să determine dacă motivele invocate de către Guvern pentru privarea de libertate sunt întemeiate în fapt și permise în drept. Acesta susține că instanța celui de-al Patrulea Circuit „a cedat în mod nejustificat puterea către Executiv ca, pe timp de război, să definească comportamentul pentru care un cetățean poate fi deținut, să analizeze dacă cetățeanul desfășura respectivul comportament și să îl priveze de libertate pentru o perioadă nedeterminată” și că procesul echitabil impune ca acesta să aibă dreptul la o ședință de judecată în

¹¹⁷ 542 U.S.

¹¹⁸ *Idem*.

care poate contesta [concluziile guvernului] și să administreze probe în apărarea sa.¹¹⁹

Recunoscând că „ambele susțineri relevă îngrijorări legitime” pluralitatea care a votat pentru opinia scrisă de O'Connor a procedat la punerea în balanță a intereselor contrare. Astfel, a fost concluzionat că Hamdi nu avea dreptul la toate garanțiile procedurale ale procesului penal din cauza „intereselor fundamentale și sensibile ale guvernului de a se asigura că cei care au luptat de partea inamicului pe durata unui război să nu se întoarcă la luptă”. Totodată, pluralitatea formată a acceptat susținerea Guvernului în sensul că „dificultățile” cu care s-ar confrunta cadrele militare pot fi „în mod justificat avute în considerare” – acele dificultăți constând în distragerea comandanților aflați pe teren și perspectiva că „cerțările efectuate cu privire la operațiunile militare ar constitui în egală măsură o intruziune în secretele importante privind apărarea națională și dar și o căutare în zadar de probe care sunt îngropate sub distrugerile cauzate de război”

Arătând deferență față de aceste îngrijorări ale armatei, contrabalansate față de libertatea lui Hamdi, pluralitatea a inventat un hibrid de drept la un proces echitabil.

Prin urmare, statuăm că un deținut-cetățean care contestă clasificarea sa ca un soldat inamic trebuie să fie informat cu privire la circumstanțele de fapt care au dus la această clasificare, și o posibilitate echitabilă de a contesta susținerile Guvernului privind aceste fapte în fața unui factor de decizie neutru.

În același timp, exigențele circumstanțelor ar putea cere ca, în afara acestor elemente fundamentale, procedurile privind soldații inamici să fie astfel desfă-

șurate pentru a ușura sarcina care este posibil să fie creată asupra Executivului în timpul unui război. Declarațiile martorilor care nu au fost audiați nemijlocit, spre exemplu, ar putea fi acceptat ca cel mai fiabil mijloc de probă administrat de către Guvern în această procedură. De asemenea, Constituția nu ar fi încălcată dacă ar exista o prezumție în favoarea probelor aduse de către Guvern, atât timp cât prezumția poate fi răsturnată și posibilitatea echitabilă de contestare a acesteia a fost acordată.¹²⁰

Un observator ar putea considera că această statuare este o victorie pentru procesul echitabil și pentru controlul judiciar, dar nu trebuie să se grăbească în această concluzie. Au existat doi judecători care au considerat că legislativul nu a autorizat privarea de libertate a unui cetățean de către executiv fără control judiciar pe teritoriul SUA.¹²¹ Și, în decizia care a dus la formarea celei mai ciudate perechi de judecători din istoria Curții Supreme, judecătorul Scalia și Stevens au formulat o opinie separată tăioasă, întemeindu-se pe istoria britanică cunoscută Părinților Fondatori conform căreia „proces echitabil” însemna ca un cetățean acuzat de o faptă prevăzută de legea penală avea dreptul la întregul arsenal de garanții oferite de procesul penal.¹²² Așa că au existat 4 voturi în favoarea trimiterii lui Hamdi în competența instanțelor civile și alte 4 voturi ale pluralității pentru controlul *habeas corpus*.

Așa că de ce a fost adoptată această formă diluată de proces echitabil și nu versiunea riguroasă adoptată de către ceilalți 4 judecători? Răspunsul stă în procedura în fața Curții: dacă votul ar fi fost 4 – 4, Curtea ar fi menținut hotărârea instanței inferioare printr-un vot divizat. Aceasta ar fi menținut abordarea plină de

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ *Id.* la 533.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*

deferență a Curții din al Patrulea Circuit și l-ar fi lăsat pe Hamdi fără nici un remediu judiciar. Prin urmare, judecătorul Souter împreună cu judecătorul Ginsburg au votat mai mult forțați cu pluralitatea pentru „privarea de libertate în modul cel mai apropiat de cel pe care l-aș impune”¹²³

Cauza similară cu Hamdi în ceea ce privește deținuții din Guantanamo a fost *Raul v. Bush*.¹²⁴ În această cauză, judecătorul Steven a putut să formeze o majoritate a Curții (mai puțin judecătorul Scalia) în sensul că deținuții din Gitmo (**s.n.** Guantanamo) aveau dreptul să apară în fața instanțelor federale sub garanțiile *habeas corpus*. Punctul crucial al cauzei era faptul că Gitmo este teritoriul al SUA și prizonierii aflați în țara noastră au dreptul la o anumită formă de proces echitabil. Cea mai importantă cauză la care Curtea trebuia să se raporteze era un caz din timpul celui de-al Doilea Război Mondial, *Johnson v. Eisentrager*¹²⁵, în care soldaților germani le-a fost respins accesul la *habeas corpus* ca urmare a procesului și detenției în Germania.

Situația reclamanților din prezentele cauze diferă în mod substanțial față de cea a deținuților din *Eisentrager*: Nu aparțin unei națiuni cu care Statele Unite se află în război și neagă că ar fi fost implicați sau ar fi planificat act de agresiune la adresa Statelor Unite; nu le-a fost acordat accesul la un tribunal, și nici măcar nu au fost acuzați sau condamnați pentru vreo faptă ilicită; de asemenea, pentru mai bine de doi ani au fost privați de libertate pe un teritoriu în care Statele Unite își exercită controlul și jurisdicția în mod exclusiv.¹²⁶

Într-adevăr, limbajul folosit în *Eisentrager* era suficient de ambiguu încât a putut fi făcut statuarea în cauza

de față că prizonierii germani au avut acces la control *habeas* și a fost constat că le-au fost acordat procesul echitabil la care aveau dreptul.

În concluzie, opinia majoritară redactată de către judecătorul Stevens a reținut doar că instanțele federale aveau competența de a analiza cererile de *habeas corpus* formulată de către deținuții din Guantanamo. Nu a stabilit însă nici un criteriu pentru constatarea privărilor de libertate ca nelegale. Într-o simplă notă de subsol, Curtea a reținut:

Sușinerile reclamanților – potrivit cărora, deși nu au fost implicați în conflicte sau acțiuni de terorism împotriva Statelor Unite, au fost privați de libertate la discreția puterii executive pentru mai mult de 2 ani, pe un teritoriu aflat sub jurisdicția și controlul stabil al Statelor Unite, fără a avea acces la avocat și fără a fi acuzați de vreo acțiune ilicită – descrie fără îndoială „privare de libertatea cu încălcarea Constituției, a legilor și a tratatelor Statelor Unite”.

Al treilea caz de privare de libertate prin ordin al puterii executive din 2004 privește o cerere de *habeas corpus* formulată în numele lui Jose Padilla, un cetățean american arestat pe aeroportul O’Hare pentru că ar fi intenționat să plaseze undeva în SUA o bombă artizanală care combină elemente radioactive cu explozibil convențional (*dirty bomb*)¹²⁷. După decizia din cauza lui Hamdi, ar fi părut că procesului lui Padilla ar fi fost limpede întrucât acesta nu se afla în apropierea unui „câmp de război”, decât dacă ar fi să dăm crezare politicianilor care vorbeau de parcă întreaga lume ar fi un câmp de război.¹²⁸ Într-o capodoperă de evitare a problemei, Curtea a decis că această cerere *habeas* a fost formulată în fața unei instanțe

¹²³ Id. la 552.

¹²⁴ 542 U.S. 466 (2004).

¹²⁵ 339 U.S. 763 (1950).

¹²⁶ Id. la 476.

¹²⁷ *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004)

¹²⁸ LIPSĂ

necompetente, întrucât a fost formulată în New York de către avocatul său din New York, la două zile după ce reclamantul a fost transferat la penitenciarul forțelor navale din Carolina de Sud. Acolo, Padilla va zace pentru aproape patru ani în izolare, înainte de a fi adus în cele din urmă în fața instanței pentru săvârșirea unor infracțiuni – dar vom discuta mai târziu despre acest abuz al sistemului.

Următorul act din drama Gitmo a avut loc doi ani mai târziu, în 2006, atunci când Curtea a statuat că modul în care au fost constituite comisiile militare pentru judecarea acuzațiilor privind crimele de război a persoanelor din Guantanamo este neconform cu normele naționale și internaționale.¹²⁹ Cauza privea acuzația de asociere în vedere săvârșirii de infracțiuni formulată împotriva unui fost șofer a lui Osama Bin Laden, deși era clar că această infracțiune nu aparținea „dreptului de război”.

Odiseea lui Hamdan prin sistemul judiciar civil și militar este demn de a fi menționat din mai multe motive, printre care și faptul că acesta se află în libertate în Yemen și pentru a arăta că argumentul executivului în favoarea devierii de la regulile procesuale impuse de Codul Uniformizat al Justiției Militare nu a fost convingător.

Existența unei nevoie urgente nu poate justifica, prin ea însăși, constituirea și utilizarea unor instanțe penale care nu au fost prevăzute de art. I par. 8 și art. III par. 1 din Constituție, decât dacă altă dispoziție din legea fundamentală autorizează un remediu pentru nevoia resimțită.¹³⁰

Guvernul a susținut că nevoile urgente militare necesitau crearea unei comisii militare cu o putere deosebită, cum ar fi puterea de a folosi declarațiile martorilor absenți și o independență inadecvată a

avocaților. UCMJ asigura legitimitate din partea Congresului pentru comisii militare atât timp cât procedurile desfășurate în fața acestor comisii erau „aceleași ca cele prevăzute pentru curtea marțială, cu excepția cazului în care o asemenea uniformizare nu poate fi aplicată”. Guvernul a invocat analiza mai multor aspecte cu deferență față de constatarea executivului că aceste comisii militare putea să fie scutite de garanții procedurale.

Astfel, constatarea Președintelui că „pericolul creat pentru Statele Unite și natura terorismului internațional” determină o imposibilitate practică „de a aplica în cadrul comisiilor militare... principiile de drept și regulile privind administrarea probatoriului general recunoscute în procesele penale desfășurate în instanțele districtuale din SUA” este, în opinia Guvernului, un motiv suficient pentru orice nerespectare a procedurilor Curții marțiale.¹³¹

Opinia majorității, redactată de către judecătorul Stevens, a răspuns acestui argument cu scepticism:

Nimic din dosarul aflat pe rol nu indică faptul că ar exista o imposibilitate practică de a aplica regulile curții marțiale în acest caz. Spre exemplu, nu există nici un indiciu cu privire la dificultăți logistice pentru a obține declarații sub jurământ autentificate sau în aplicarea principiilor generale în privind relevanței probatorii și a admisibilității... Singurul motiv invocat în favoarea acestei susțineri este pericolul creat de terorismul internațional. Fără a subestima nici un moment acest pericol, nu considerăm că ar putea fi folosit pentru a justifica, în cazul procesului lui Hamad, o variere a regulilor care guvernează curtea marțială.

Lipsa oricărei justificări privind imposibilitatea practică este cu atât mai

¹²⁹ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006).

¹³⁰ *Idem* la 591.

¹³¹ *Idem* la 622.

¹³² *Idem* la 623-24.

cutremurătoare atunci când este văzută din perspectiva omisiunii flagrante de a aplica una dintre garanțiile fundamentale prevăzute nu numai de Manualul Curților Marțiale dar și de către UCMJ: dreptul de a fi prezent.¹³²

Această opinie reprezintă apogeul rezistenței judiciare față de solicitările de deferență în legătură cu terorismul. După această decizie, Congresul a adoptat Legea Comisiilor Militare din 2006 (LCM) în care nu numai că au fost definite o întreagă listă de infracțiuni la „legea națiunilor” dar a fost de asemenea încercată o validare a criticilor procedurale la adresa comisiilor. Lista infracțiunilor cuprindea atât „asocierea în vederea săvârșirii de infracțiuni” dar și „ajutorul material” dat terorismului și organizațiilor teroriste. Hamdan a fost judecat și ulterior achitat pentru infracțiunea de asociere în vederea săvârșirii de infracțiuni dar a fost condamnat pentru ajutor material. A fost condamnat la pedeapsa închisorii de 66 de luni din care executase deja 61. La momentul în care a fost încheiată înțelegerea pentru repatrierea sa în Arabia Saudită, acesta mai avea de executat din pedeapsă numai o lună, pe care a executat-o în țara sa natală și acum este în libertate. Ultima răsturnare de situație în această ciudată întâmplare este că instanța din Circuitul D.C. a desființat condamnarea sa pentru ajutor material, având în vedere că la momentul în care era activ în Al Qaeda, aceasta nu era infracțiune nici conform dreptului național nici conform dreptului internațional.¹³³

Al treilea pas în analiza realizată de către Curtea Supremă cu privire la detențiile de la Guantanamo este reprezentat de cauza *Boumediene c. Bush*¹³⁴ care dezvoltă un anumit control judiciar cu privire la deținuții din Guantanamo dar de asemenea și forma

cea mai atenuată a independenței judiciare exprimate prin opinia separată a judecătorului Scalia. În mod firesc, având în vedere opinia sa din cauza *Hamdan*, judecătorul Kennedy a redactat opinia majoritară a Curții în examinarea legalității LCM 2006.

Reclamanții din această cauză ridică o problemă nerezolvată prin hotărârile noastre anterioare privind privarea de libertate a cetățenilor străini la Guantanamo: dacă se bucură de privilegiul constituțional de *habeas corpus*, un privilegiu care nu poate fi retras, cu excepția Cauzei de Suspendare prev. de art. I par. 9 cl. 2. Statuăm că acești reclamanți au privilegiul *habeas corpus*. Congresul a adoptat o lege, Legea privind Tratamentul Deținuților care prevede anumite proceduri de control privind privarea de libertate. Considerăm că aceste proceduri nu constituie un remediu adecvat și un înlocuitor eficient pentru *habeas corpus*. Prin urmare par. 7 din Legea Comisiilor Militare din 2006 constituie o suspendare neconstituțională a acestui privilegiu. Nu vom analiza dacă Președintele are puterea de a priva de libertate pe acești reclamanți sau modul în care trebuie soluționat privilegiul exercitate de reclamanți. Acestea, precum și alte întrebări referitoare la legalitatea detenției vor fi soluționate în primă instanță de Curtea Districtuală.

Judecătorul Kennedy a realizat o analiză aprofundată asupra caracterului crucial al controlului judiciar asupra detenției prelungite, în antiteză cu analiza informată și atentă a experților militari:

Atunci când o persoană este deținută ca urmare a unui ordin emis de puterea executivă, spre deosebire de detenția ca urmare a procesului și condamnării sale penale, nevoia unui control suplimentar este de absolută necesitate. O

¹³³ Hamdan v. United States, 696 F.3d 1238, 402 U.S. App. D.C.471 (D.C.Cir.2012)

¹³⁴ 553 U.S. 723 (2008)

condamnare penală are loc ca urmare a unui proces judiciar în fața unui tribunal dezinteresat de rezultat și care respectă anumite proceduri menite să-i asigure propria independență. Această dinamică nu este regăsită în privările de libertate ca urmare a unor ordine emise de puterea executivă sau în procedurile de control exercitate de puterea executivă.

Spre sfârșit, judecătorul Kennedy a făcut anumite comentarii cu privire la rolurile jucate de către puterea executivă și judecătorească în asigurarea ordinii publice:

În analiza atât a standardelor substanțiale și procedurale utilizate pentru a privă de libertate în scopul prevenirii actelor de terorism, deferență adecvată trebuie arătată puterilor de sorginte politică. Spre deosebire de Președinte și anumiți membrii din Congres, nici membrii acestei Curți și nici judecătorii federali nu își încep ziua cu informații care pot descrie noi și serioase pericole la adresa țării noastre și a cetățenilor săi. Legea trebuie să acorde puterii executive autoritatea substanțială de a reține și deține pe cei care creează un real pericol la adresa siguranței noastre.

Agenții statului care au responsabilitatea operațională zilnică a siguranței noastre ar putea lua în considerare o expunere judiciară a istoriei Legii Habeas Corpus din 1679 și ca orice problemă care se află în trecutul îndepărtat, ridică probleme importante. Cu toate acestea, doctrina juridică recunoscută trebuie consultată pentru învățăturile pe care ni le arată. Aflată în trecutul îndepărtat, ea nu este irelevantă pentru prezent. Siguranța depinde de mecanismele sofisticate de informații și abilitatea Forțelor Armate să acționeze și să interzică. Totodată, există și alte aspecte. Siguranță este asigurată în același timp prin respectarea principiilor fundamentale ale libertății. La loc de cinste printre

acestea se află protecția împotriva arbitrarului și a restrângerilor nelegale a libertății individuale, asigurată prin respectarea principiului separației puterilor în stat. Din aceste principii își are izvorul competența autorității judecătorești de a analiza cererile de *habeas corpus*.

Judecătorul Scalia a arătat cea mai atenuată formă a independenței judiciare atunci când a demarat tirada sa fără nici un respect față de opinia majoritară:

America este în stare de război cu Islamiști radicali. Inamicul a început să omoare americani și aliați ai Americii în străinătate: 241 la unitatea pușcașilor marini din Lebanon, 19 la Turnurile Khobar din Dhahran, 224 la ambasaderele noastre din Dar es Salaam și Nairobi și 17 pe USS Cole din Yemen. Pe 11 septembrie 2001, inamicul a adus lupta pe pământ american, omorând 2749 la Turnurile Gemene din New York, 184 la Petagon în Washington, D.C. și 40 în Pennsylvania.

Tehnica „bait-and-switch” pe care opinia majoritară o aplică cu Comandatul Suprem al armatei va îngreuna războiul pentru noi. Va determina, cu mare probabilitate, ca mai mulți americani să fie uciși.

Pe termen scurt ... decizia va avea efecte devastatoare. Cel puțin 30 de prizonieri eliberați din acest moment din Guantanamo Bay s-au întors pe câmpul de luptă. Unii au fost prinși sau omorâți. Dar alții au reușit să ducă la bun sfârșit atrocitățile față de cetățeni nevinovați. Atenție, aceștia erau deținuți cu privire la care armata a concluzionat că nu sunt soldați inamici. Întoarcere lor în război demonstrează greutatea ieșită din comun în a evalua cine este și cine nu este soldat inamic într-un teatru extern de operațiuni, unde mediul înconjurător nu permite o strângere riguroasă a probelor.

Lipsa de respect din opinia separată a judecătorului Scalia nu a fost observată

nici în doctrină nici în presă. Acuzațiile aduse colegilor săi că „vor cauza moartea mai multor americani” nu poate fi calificat ca aparținând unui argument persuasiv de natură juridică. Mai surprinzătoare este lipsa de logică în argumentația sa. Dacă armata a pus în libertate persoane după ce au hotărât că nu sunt soldați inamici, arătând astfel dificultatea anticipării pericolozității, cum este susținută opinia unui control judiciar mai restrâns cu privire la decizia de a priva de libertate o persoană? Care anume parte din raționament permite o inferență de acordare a încrederii în abilitatea de a prevedea pericolozitatea viitoare?

După decizia din *Boumediene*, instanța din Circuitul D.C. a fost nevoită să creeze standarde pentru a realiza controlul juridic asupra detențiilor din Guantanamo. Mai jos este o listă cu rezumatele deciziilor care au precedat întrebării „Ce criteriu trebuie folosit pentru a decide dacă o persoană trebuie deținută?”

Hamliily c. Obama¹³⁵ - Administrația Obama și-a exprimat poziția cu privire la privările de libertate întemeiate pe ordinele emis de puterea executivă în concluziile scrise depuse în acest dosar în martie 2009. Și-a întemeiat puterea de a priva de libertate numai pe AUMF, fără a face nicio trimitere la puterile conferite de Art. II în mod implicit, și au menținut această opinie de la acel moment. Opinia lor a fost în sensul că puterea de privare de libertate acoperea membrii și susținătorii esențiali ai Al Qaeda, Talibanilor și forțele asociate, deosebirea față de opinia Administrației Bush fiind aceea că a fost adăugat noțiunea de „esențial” pentru susținătorii care nu puteau fi considerați „membrii” sau o „forță asociată”. Cauzele care au urmat au încercat să stabilească ce ar constitui o „susținere esențială” din partea unei

persoane care nu a fost în mod direct implicată cu AlQaeda sau cu Talibanii, dar (cu excepția lui Uighurs) nu a existat nicio persoană care să fie adusă în fața instanțelor americane care să nu aibă nicio legătură cu operațiunile din Afghanistan.

Al-Bihani c. Obama¹³⁶ - Al-Bihani era un bucătar care avea legături slabe cu voluntarii AlQaeda și Taliban care lupta împotriva Alianței de Nord. A fost capturat și predat forțelor americane, iar în cele din urmă a fost trimis în Guantanamo. Punctul crucial al hotărârii era legat de „pe cine avea dreptul Președintele să priveze de libertate în temeiul legilor adoptate de către Congres... Curtea Supremă a trasat anumite linii directoare..., lăsând în mod deliberat libertate instanțelor inferioare de a contura regulile procedurale și substanțiale ale detenției, conform tradiției din common law”. Completul Curții din Circuitul D.C. a formulat standardul: „o persoană care este parte sau care sprijină forțele Taliban sau ale AlQaeda sau forțele asociate care sunt implicate într-un conflict armat împotriva Statelor Unite sau a partenerilor de coaliție”

Standardul poate fi atins prin oricare dintre cele două componente independente. „Deși considerăm că situația de fapt din acest dosar arată că Al-Bihani era parte din precum și sprijinea în mod substanțial forțele inamice, ne dăm seama că această concluzie nu va rezulta atât de clar în cauze în care va fi demonstrat numai sprijinul sau calitatea de membru sau niciuna dintre cele două. Nu avem ocazia aici de a analiza limitele exterioare a ceea ce constituie acordarea de sprijin sau existența indiciilor de temeinice privind calitatea de membru pentru a întruni standardul de detenție. Constatăm însă că ambele laturi sunt criterii valabile, care pot întruni în mod independent standardul detenției”.

¹³⁵ 616 F. Supp.2d 63 (D.D.C. 2009).

¹³⁶ 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010).

Bensayah c. Obama¹³⁷ - Bensaya, un cetățean algerian, a fost arestat la sfârșitul lui 2001 de poliția din Bosnia pentru acuzații privind legea imigrării. Acesta împreună cu alți 5 bărbați algerieni arestați erau suspectați de plănuierea unui atac asupra Ambasadei Statelor Unite în Sarajevo, dar în cele din urmă au fost eliberați din cauza lipsei de probe. Cei șase au fost predați către SUA și au fost transportați în Guantanamo la începutul lui 2002.

Curtea districtuală a admis cererile de habeas corpus cu privire la ceilalți 5 bărbați, considerând că nu există probe fiabile din care să rezulte că aceștia intenționau meargă în Afghanistan și să lupte împotriva SUA. Cu toate acestea, Curtea districtuală a respins cererea lui Bensayah, constatând că Guvernul a adus suficiente probe pentru a arăta că este mai probabilă concluzia că reclamantul a sprijinit Alqaeda decât aceea că nu ar fi sprijinit-o. Probele care au fundamentat această concluzie constau, în principal, în documente clasificate și o coroborare realizată de către o sursă secretă. În apel, Guvernul a renunțat la utilizarea sursei respective și la susținerea că reclamantul a sprijinit AlQaeda. În schimb, a fost arătat că acesta făcea parte din Al Qaeda. Completul Curții de apel a făcut mai întâi următoarea observație:

Deși este clar că AlQaeda are sau cel puțin la un moment dat, avea o structură organizatorică stabilită, detaliile acestei structuri sunt în mare parte necunoscute, dar este crezut că este oarecum amorfă. Prin urmare, este imposibil de a crea o listă cu criteriile prin care poate fi stabilit dacă o persoană face parte din AlQaeda. Această constatare trebuie realizată de la caz la caz prin folosirea unor criterii funcționale, nu o abordare formală, și prin

analiza atentă a acțiunilor acelei persoane cu privire la organizație. Faptul că o persoană își desfășoară activitățile în structura ierarhică formală a AlQaeda este suficientă însă nu și necesar pentru a arăta că acea persoană face parte din organizație; pot exista alte indicii temeinice că o persoană este suficient de implicată în organizație pentru a o considera ca parte din acea organizație, dar acțiunile independente ale unui mercenar nu sunt suficiente.

Curtea a arătat că a fi partea din AlQaeda este o justificare suficientă pentru privarea de libertate dar Guvernul trebuie să aducă probe din care să rezulte implicarea directă într-un grup asociat. Fără pretinsa coroborare rezultată din documentul clasificat, curtea de apel a considerat că probele sunt insuficiente pentru a arăta că reclamantul făcea parte din organizație și a trimis cauza la curtea districtuală pentru a administra orice ale mijloc de probă pe care Guvernul ar dori să îl aducă. Mare parte din hotărâre este astfel redactată încât este imposibil de știut care sunt faptele săvârșite de către reclamant și ce a făcut Guvernul pentru a obține probele.

Concluzia preliminară - instanțele din Circuitul D.C. au statuat că Guvernul are posibilitatea de a administra declarații de martor care nu au fost date în fața instanței și chiar că acestea se bucură de o prezumție de regularitate, care nu reprezintă o prezumție de adevăr a declarației ci mai mult că această a fost dată astfel cum a fost consemnată. Sarcina probei pentru dovedirea temeiurilor pentru privarea de libertate rămâne a Guvernului, iar declarațiile neadministrare în fața instanței sunt depuse fără a avea o valoare probatorie prestabilită, în timp ce persoana privată de libertate are dreptul de a administra

¹³⁷ 610 F.3d 718 (D.C. Cir. 2010).

probe pentru a contrazice susținerile Guvernului.

La mijlocul lui 2010, scorul era 32-16 în favoarea reclamantilor. Din acel moment, nicio cerere de habeas nu a fost admisă. Cauza a fost probabil că cele mai ușoare cauze au fost soluționate devreme și persoanele au fost puse în libertate, așa că deținuții rămași în Gitmo în mare parte au legături probate cu Al Qaeda și Talibanii, atingând astfel standardul pentru privarea de libertate.

Odiseea implicării SUA în Guantanamo este lungă, complicată și cu siguranță va mai continua pentru ceva timp. Scopul acestei expuneri a fost aceea de a analiza gradul de deferență pe care sistemul judiciar l-a arătat pentru puterea legislativă și executivă. Este o poveste întortocheată. Deși instanțele s-au exprimat în termeni plini de deferență și au acceptat proceduri neobișnuite (cum ar fi folosirea declarațiilor de martori care nu au fost audiați de către instanță), nu a existat un acord în alb față de privările de libertate din Guantanamo sau față de procedurile adoptate de către Congres. Din nefericire, această concluzie nu se verifică pentru multe dintre cauzele pe care le vom analiza în continuare.

B. Privind dincolo de detențiile dispuse de executiv pe plan intern

1. Străinii ca o categorie specială

La scurt timp după 9/11, rezidenții străini au devenit punctul de interes principal în acțiunile contra terorismului. Majoritatea deținuților în ancheta

PENTTBOM erau cetățeni străini care erau reținuți de agenți ai serviciilor de imigrări. Adoptat ca lege pe 26 octombrie 2001, Legea Patriot cuprindea dispoziții care îi permiteau Avocatului General să „rețină” orice cetățean străin cu privire la care existau motive verosimile din care să rezulte că este implicat în activitate teroristă și să îl priveze de libertate pentru o perioadă ce poate fi prelungită până la 6 luni¹³⁸, fără existența unui proces penal, fără o audiere cu privire la administrarea de probe și supusă unui control judiciar printr-o cerere de habeas corpus.¹³⁹ Cu toate acestea, se pare că Ministerul de Justiție nu a folosit această putere întrucât exista un cadru legal anterior care permitea privarea de libertate fără cauțiune a cetățenilor străini împotriva cărora erau desfășurate proceduri de expulzare.¹⁴⁰

În 2002, Ministerul de Justiție a anunțat „Sistemul Național de securitate privind înregistrarea intrărilor și ieșirilor” (SNSÎI). Printre altele, SNSÎI a desfășurat un program special de înregistrare potrivit căruia bărbații având cetățenia anumitor state (toate țări majoritar musulmane, cu excepția Coreei de Nord) erau obligați să se prezinte la birourile de imigrări pentru a li se lua amprente, pentru a fi fotografiați și audiați. Cei care nu se prezentau erau amenințați cu arestarea. Potrivit unei surse, prin programul acesta au fost înregistrați mai mult de 83.000 de cetățeni străini, împotriva a 14.000 dintre aceștia fiind inițiate proceduri de deportare. În mai multe cauze, programul a fost contestat

¹³⁸ U.S.C. § 1226a(a)(6): Un cetățean străin deținut [aflat sub suspiciunea de activitate de spionaj sau de terorism] și a cărui expulzare nu este probabilă în viitorul apropiat, poate fi privat de libertate în continuare pentru o perioadă de maxim 6 luni, dacă punerea sa în libertate va aduce atingere siguranței naționale a Statelor Unite sau siguranța comunității sau a oricărei persoane.

¹³⁹ Id. § 1226a(b).

¹⁴⁰ A se vedea U.S. Dep't of Justice, "The USA PATRIOT Act: Myth v. Reality," http://www.justice.gov/archive/ll/subs/add_myths.htm#s412: Până în februarie 2004, Avocatul General nu a folosit art. 412. Mai mulți cetățeni străini au fost deținuți de la momentul adoptării Legii Patriot. Cu toate acestea, nu a fost necesară folosirea art. 412 în aceste cauze întrucât procedurile administrative tradiționale au fost suficiente pentru a deține aceste persoane fără cauțiune. Ministerul consideră această putere ar trebui utilizată numai în anumite cauze.

de acei străini a căror înregistrare a dus și la deportarea acestora, în fiecare dintre cauze argumentele lor fiind respinse.¹⁴¹ Spre exemplu, în *Rajah c. Mukasey* al doilea Circuit a considerat că nu există o încălcare a principiului nediscriminării în fața legii:

Atacurile teroriste de pe 11 Septembrie 2001 au fost facilitate de slaba impunere a legilor privind imigrația. Programul a fost proiectat pentru a monitoriza mai îndeaproape străinii din anumite țări, selectați în baza criteriului siguranței naționale. Persoanele care au fost supuse înregistrării speciale nu erau nici cetățeni și nu aveau nici măcar reședință legală. Aceștia au fost rugați să dea informații cu privire la statul de imigrant precum și cu privire la alte aspecte ce țin de siguranța națională. Nu au fost privați de libertate pentru perioade lungi de timp. Acele persoane a căror statut juridic de imigrant nu era în conformitate cu legea au fost supuse procedurilor legale general aplicabile pentru a pune în aplicare legi existente privind imigrația. În concluzie, programul a fost o încercare rațională de a îmbunătăți siguranța națională.¹⁴²

În timp ce plângerile legate de investigațiile efectuate după 9/11, Inspectorul General al Ministerului Justiției a reanalizat detențiile precum și condițiile privărilor de libertate a suspecților de terorism. Publicată în iunie 2003, analiza

a arătat că agenții care verificau indicii trebuie să aresteze toate persoanele care nu respectau statutul de imigrant și să îi privească ca fiind „de interes” pentru ancheta legată de 9/11, chiar dacă nu aveau nici o legătură cu indiciul verificat. Mai mult, indiciile care se concretizau în arestări erau în foarte generale, „cum ar fi un proprietar care a făcut o sesizare privind comportament suspect al chiriașului arab”¹⁴³

2. O susținere „credibilă” privind politica adoptată

În decembrie 2003, un raport suplimentar evidențiază existența unor abuzuri fizice și verbale în cadrul Centrului Metropolitan de Detenție (CMD) din New York.¹⁴⁴ Deși nu a fost constatăată existența unor bătăi brutale, „unii polițiști izbeau deținuții de zid, le suceau mâinile și palmele într-un mod dureros, călcau pe lanțurile de la picioare și îi pedepseau ținându-i legați perioade lungi de timp”¹⁴⁵ Mai multe procese au fost inițiate de către deținuții din CMD, unul dintre acestea fiind demarate de Javad Iqbal, un cetățean pakistanez musulman care a fost arestat ca urmare a acuzațiilor penale aduse împotriva sa și privat de libertate în condiții restrictive în calitate de persoană de „interes major” pentru ancheta 9/11. După ce și-a recunoscut vinovăția executând o pedeapsă cu închisoarea, a fost expulzat în Pakistan și a formulat o cerere de chemare în judecată întemeiată pe cauza *Bivens*¹⁴⁶ împotriva mai multor agenți

¹⁴¹ A se vedea, spre exemplu: *Seelnahham v. Holder*, 371 Fed. Appx. 191 (2d Cir. 2010); *Rajah v. Mukasey*, 544 F.3d 42742

(2d Cir. 2008); *Malik v. Gonzales*, 213 Fed.Appx. 173 (4th Cir. 2007) *Kandamar v. Gonzales*, 464 F.3d 65 (1st Cir. 2006); *Ahmed v. Gonzales*, 447 F.3d 433 (5th Cir. 2006); *Zafar v. U.S. Att’y Gen.*, 461 F.3d 1357 (11th Cir. 2006); *Shaybob v. Att’y Gen.*, 189 Fed. Appx. 127 (3d Cir. 2006).

¹⁴² Deși programul special de înregistrare a fost suspendat în Decembrie 2003, SNSIII a continuat până în 2011

¹⁴³ Office of the Inspector General, *The*

*september 11 detainees: a review of the treatment 44 of aliens held on immigration charges in connection with the investigation of the september 11 attacks*16(sept. 2003)

¹⁴⁴ Office Of The Inspector General, *Supplemental Report Of September 11 Detainees’ 45 Allegations Of Abuse At The Metropolitan Detention Center In Brooklyn*, New York (Dec. 2003)

¹⁴⁵ Id. la 46

¹⁴⁶ A se vedea *Bivens c. Șase agenți necunoscuți din Biroul Federal pentru combaterea drogurilor*, 403 U.S. 388 (1971) (care prevede un drept de acțiune împotriva acțiunilor agenților federali)

federali, printre care ofițeri corecționali până la cele mai înalte funcții din cadrul forțelor de ordine federale.

În cauza *Ashcroft c. Iqbal*¹⁴⁷ Curtea Supremă a concluzionat că cererea formulată împotriva Avocatului General Ashcroft și Directorului FBI Robert Mueller nu a fost întemeiată suficient în fapt pentru a da naștere la o acțiune în pretenții. Instanța a respins de pe scaun susținerea că Ashcroft sau Mueller au acceptat tratamentul dur aplicat deținuților pe criteriul religiei, rasei sau naționalității, statuând că „aceste susțineri elementare nu constituie decât o repetare stereotipă a elementelor din cadrul unei tipice excepții de neconstituționalitate privind discriminarea”.

Totodată, Curtea a arătat că Iqbal nu a susținut în mod credibil că Ashcroft și Mueller au creat în mod intenționat o discriminare nejustificată prin clasificarea deținuților în legătură cu 9/11 ca fiind de „interes major”.

Atacurile din ziua de 11 septembrie au fost săvârșite de către 19 arabi de origine musulmană care se numărau printre membrii marcanți ai al Qaeda, un grup fundamentalist islamic. Al Qaeda era condusă de către un alt arab de origine musulmană, Bin Laden și alcătuit în mare parte din arabi de origine musulmană. Prin urmare, nu este nicio surpriză că o politică justificată prin care organele de ordine publică erau împuternicite să aresteze și să dețină persoane din cauza posibilelor legături cu atacurile, ar crea un impact incidental asupra arabilor de origine musulmană, deși scopul acestei politici nu a fost de a viza nici arabi nici musulmani.

Curtea a concluzionat că a lăsa să continue acest proces ar echivala cu distragerea atenției agenților statului care sunt însărcinați cu gestionarea „unei crize naționale și internaționale, fără precedent în istoria republicii americane”. După pronunțarea cauzei *Iqbal*, Curtea celui de-al Doilea Circuit a desființat parțial soluția de respingere a unui alt proces formulat de deținuții CMD, pentru a le da acestora posibilitatea de a întruni standardul de probă impus de Curtea Supremă în cauze privind condițiile de detenție.¹⁴⁸

3. Mandatele emise pentru martorii relevanți

Un alt temei pentru privarea de libertate a persoanelor în constituire mandatele emise pentru martorii relevanți. Acestea sunt emise de către un judecător sau magistrat în condiții similare cu cele privind arestarea preventivă, dar scopul lor este de a obține declarația unei persoane și nu de a asigura prezența sa la judecată. Înainte de a emite mandatul, instanțele solicită existența unor indicii rezonabile din care să rezulte că declarația aceluși martor este relevantă și că prezența persoanei prin citație ar fi greu de obținut.

În perioada de după 9/11, mandatele emise pentru martorii relevanți erau folosite pentru a asigura prezența mai multor persoane care erau suspectate că au participat la planificarea atacurilor dar nu existau motive întemeiate pentru arestarea preventivă a lor. Presupusa planificare realizată de către aceștia a fost invocată ca temei pentru a arăta că aceștia ar putea da o declarație relevantă în fața marelui juriu, dar aceasta a fost

¹⁴⁷ 556 U.S. 662 (2009)

¹⁴⁸ *Turkmen v. Ashcroft*, 587 F.3d 542, 546-47 (2d Cir. 2009). Five of the detainees subsequently reached a \$1.26 million settlement with the government. See Center for Constitutional Rights, “Five New York Men Detained and Abused in Post-9/

11 Immigration Sweeps Settle Case for \$1.26 Million”

(Nov. 3, 2009), <http://ccrjustice.org/newsroom/press-releases/five-new-york-men-detained-and-abused-post-9/11-immigration-sweeps-settle-ca>.

calificată ca fiind un subterfugiu de către mai mulți observatori, care au susținut că mandatele erau folosite în locul arestului preventiv, o practică care încălca clar procesul echitabil.

Spre exemplu, presupusul „dirty bomber” Jose Padilla a fost arestat în baza unui mandat emis pentru martorii relevanți și a fost privat de libertate timp de o lună înainte de a fi transferat într-o unitate militară în calitate de soldat inamic.¹⁴⁹ Mazfield a fost arestat și privat de libertate pe o perioadă de 2 săptămâni în temeiul unui mandat de martor relevant care a fost emis în baza unor probe inexacte care îl legau pe acesta de atentatele cu bombă din Madrid. După eliberarea sa, FBI și-a cerut scuze față de Mayfield și a acesta din urmă a primit o sumă de 2 milioane de dolari din partea guvernului SUA.¹⁵⁰

Nu este de mirare că modalitate de utilizare a mandatelor pentru martorii relevanți ca un subterfugiu care ascunde o arestare preventivă a fost contestată în mai multe cauze legate de terorism. În cauza *United States c. Awadallah*¹⁵¹ Osama Awadallah a fost reținut în Los Angeles după ce numele și numărul său de telefon a fost găsite în mașina unui dintre atacatorii de la 9/11, într-un ambalaj al unei gume de mestecat. Awadallah a fost privat de libertate în temeiul unui mandat emis pentru martorii relevanți și a fost trimis cu avionul în New York, unde a depus mărturie de două ori în fața marelui juriu pe parcursul mai multor săptămâni. A recunoscut că îl cunoștea pe unul dintre atacatori dar inițial a negat că îl cunoaște pe cel de-al doilea. Acuzat de mărturie mincinoasă, Awadallah a

solicitat excluderea declarației date în fața marelui juriu și respingerea rechizitoriului pentru încălcarea dispozițiilor privind martorul relevant. Judecătorul de la instanța districtuală a fost de acord: „Din 1789, nici un Congres nu a acordat puterea Guvernului de a deține o persoană nevinovată pentru a garanta prezența acestui în fața unui mare juriu care desfășoară o anchetă penală”¹⁵² Instanța din cel de-al Doilea Circuit a desființat hotărârea, statuând că obținerea unei declarații în fața marelui juriu este o modalitate adecvată de utilizare a instituției martorului relevant:

Instanța districtuală a constat (și suntem în acord cu această opinie) că ar fi nejustificat ca Guvernul să utilizeze art. 3144 pentru alte scopuri, cum ar fi privarea de libertate a persoanelor suspectate de fapte prevăzute de legea penală față de care nu există indicii temeinice că ar fi săvârșit acele fapte. Cu toate acestea, instanța districtuală nu a constatat (și nu observăm că există vreo probă în sensul că) guvernul l-a arestat pe Awadallah pentru un alt scop decât acela de a obține informații relevante pentru o anchetă desfășurată de către marele juriu. Mai mult, marele juriu investiga atacurile teroriste din 11 septembrie. Prin urmare, interesul guvernamental era reprezentat de punerea sub acuzare și desfășurarea unei anchete reușite față de teroriștii a căror atacuri, dacă ar fi fost săvârșite de către un șef de stat, ar echivala cu o declarație de război, precum și descoperirea mijloacelor, contactelor și operațiunilor complicilor pentru a preveni atacuri viitoare.¹⁵³

O altă cauză a ajuns în cele din urmă la Curtea Supremă. În 2005, Abdullah

¹⁴⁹ A se vedea § 10.04 infra.53

¹⁵⁰ A se vedea § 6.04 infra.54

¹⁵¹ *United States v. Awadallah*, 202 F. Supp. 2d 55 (S.D.N.Y. 2002).55

¹⁵² A se vedea § 6.04 infra.

¹⁵³ *United States v. Awadallah*, 349F.3d 42(2d Cir. 2003); a se vedea și *In re Grand Jury Material*.

Witness Detention, 271F. Supp. 2d 1266(D. Or. 2003); *In re Application of U.S. for a Material Witness Warrant*, 213F. Supp. 2d 287(S.D. N.Y. 2002).

Al-Kidd, un afro-american de origine musulmană, a formulat o cerere de chemare în judecată în contradictoriu cu Avocatul General John Ashcroft și alții, susținând că a fost în mod ilegal arestat și privat de libertate conform legilor federale privind mandatul martorului relevant. Astfel cum a fost rezumat de instanța de control judiciar, [Al-Kidd] a fost arestat la ghișeul de bilete de pe Aeroportul Internațional Dulles. A fost încătușat, dus la biroul poliției transporturi și audiat. În următoarele 16 zile, a fost deținut în celule de maximă siguranță, iluminate 24 de ore pe zi, în Virginia, Oklahoma și ulterior în Idaho, timp în care a fost de mai multe ori dezbrăcat și supus perchezițiilor corporale. De fiecare dată când era transferat către un alt centru, Al-Kidd era încătușat și legat cu lanțuri de încheieturi, picioare și talie. A fost în cele din urmă eliberat prin ordin al instanței, cu condiția ca acesta să locuiască cu soția sa și cu socrul său în Nevada, să-și limiteze călătoriile la Nevada și la alte trei state, să predea pașaportul, să se prezinte în mod regulat la ofițerul de probațiune și să fie de acord cu vizite la domiciliu pe tot parcursul supravegherii. La momentul în care privarea de libertate și supravegherea lui Al-Kidd a luat sfârșit, acesta fusese concediat din postul său de angajat al unei societăți care avea relații contractuale cu guvernul, întrucât nu a întrunit exigențele de securitate din cauza arestării sale și se despărțise de soția sa. Acesta nu a reușit să obțină un loc de muncă stabil de la momentul arestării sale.¹⁵⁴

Conform susținerilor sale, tratamentul ilicit i-a fost aplicat ca urmare a unui

program conceput de Ashcroft și alți oficiali guvernamentali, astfel cum rezultă din mai multe declarații publice făcute de către Ministerul de Justiție prin care era elogiată utilitatea acestei proceduri.¹⁵⁵

În hotărârea *Ashcroft v. Al-Kidd*¹⁵⁶, Curtea supremă, în unanimitate a statuat că fostul Avocat General se bucura de imunitate calificată, având în vedere lipsa unei reguli de drept stabile și clare. Opinia majoritară a judecătorului Scalia a mers și mai departe, statuând că „o arestare și detenție rezonabilă în mod obiectiv a unui martor relevant, în temeiul unui mandat valabil obținut nu poate fi atacat ca neconstituțional în temeiul susținerilor că autoritatea care a executat arestarea a avut un motiv inadecvat”.¹⁵⁷ Patru judecători au pus sub semnul întrebării, într-o opinie concurentă, dacă mandatul pentru martori relevanți era necesar pentru a asigura declarația lui Al-Kidd, și, într-un mod mai general, dacă normele privind martorul relevant respectă Clauza privind mandatul prevăzut de al Patrulea Amendament.¹⁵⁸ Într-o altă opinie concurentă formulată de către judecătorii Breyer, Ginsburg și Sotomayor au criticat opinia majorității prin care în mod aparent a fost statuat asupra temeiniciei cererii lui Al-Kid:

În analiza excepției invocate de către Al-Kidd privind încălcarea celui de-al Patrulea Amendament, Curtea a prezumat încă de la început existența unui mandat de martor relevant valabil emis. Această calificare este de neînțeles. Poate fi un mandat obținut în mod valabil atunci când declarația solemnă în baza căruia a fost emis nu l-a informat judecător că „Guvernul nu a intenționat să îl folosească [pe Al-Kidd ca martor] într-un

¹⁵⁴ Al-Kidd v. Ashcroft, 580 F.3d949, 951-52(9th Cir.2009).

¹⁵⁵ Al-Kidd v. Ashcroft, 598 F. 3d 1129, 1131 (9th Cir. 2009) (Smith, J., concurring in the denial of rehearing en banc).

¹⁵⁶ 131 S. Ct. 2074 (2011)

¹⁵⁷ *Idem* 2085.

¹⁵⁸ *Idem* 2085-86 (Kennedy, J., concurring, joined by Ginsburg, Breyer, and Sotomayor, JJ.)

[alt] proces” și nu a declarat că Al-Kidd a cooperat cu agenții FBI în fiecare dintre multiplele ocazii în care a au solicitat să îl audieze?

Punând și mai mult sub semnul întrebării prezumția potrivit căreia mandatul a fost obținut în mod valabil, judecătorului nu i-a fost spus că părinții, soție și copii lui Al Kidd era toți cetățeni și locuiau în Statele Unite. Mai mult, în declarația solemnă era menționat în mod inexact că Al-Kidd se pregătea să urce într-un avion către Arabia Saudită, cu un bilet de avion la clasa întâi care a costat 5000 de \$, într-un singur sens; de fapt, Al-Kidd cumpărase un bilet dus-întors, la clasa a II-a, care a costat 1.700 de \$. Având în vedere aceste omisiuni și prezentări inexacte, există suficiente motive pentru a pune la îndoială prezumția cu care Curtea își începe motivare – respectiv existența unui mandat privind martorul relevant valabil emis - și un motiv la fel de puternic pentru a concluziona că dezlegarea fondului cauzei era nici necesară, nici adecvată.¹⁵⁹

4. „Soldați inamici” de pe teritoriul SUA

a. Odiseea lui Jose Padilla

Atitudinea aproape sfidătoare a Guvernului față de independența judiciară a fost demonstrată în mod elocvent prin „trimiterea” lui Jose Padilla în judecată în

momentul în care avocații săi au fost formulat o cerere de încuviințare a căii de atac în fața Curții Supreme¹⁶⁰ privind cererea de *habeas corpus*, după ce acesta petrecuse deja 4 ani în stare de deținere cu regim de izolare, fără a fi adus în fața instanțelor judecătorești.

Padilla a fost arestat la momentul aterizării pe aeroportul O’Hare, venind dinspre Pakistan, unde se presupune că ar fi fost antrenat în tehnica asamblării bombelor. A fost deținut inițial în New York, având calitatea de martor relevant, iar ulterior, cu două zile înainte ca avocatul din oficiu să poată să formuleze cererea de *habeas corpus* în New York, a fost transferat într-o închisoare a forțelor navale din Carolina de Sud, având calitate de soldat inamic. Declarațiile publice ale Guvernului susțineau că acesta se pregătea să detoneze un „dirty bomb”, care ar împrăști material radioactiv într-un oraș de mari dimensiuni.

Avocații săi au reintrodus cererea de *habeas corpus* în Carolina de Sud, iar curtea districtuală a admis-o, statuând că AUMF nu acorda puterea Președintelui să dețină un cetățean arestat pe teritoriul SUA, pentru o faptă prevăzută de legea penală care nu a fost încă săvârșită.¹⁶¹ Curtea celui de-al Patrulea Circuit a acceptat susținerile reformulate ale Guvernului.

¹⁵⁹ *Idem* 2087 – 88 (opinie concordantă redactată de Ginsburg, J. la care s-au alăturat Breyer și Sotomayor, J.J.) Opinia concurentă a judecătorului Ginsburg și-a arătat dezacordul față opinia majoritară în care s-a arătat că arestarea a fost „întemeiată pe o suspiciune individualizată”

Cu toate acestea, cuvântul „suspiciune” înseamnă, în general, că persoana suspectată a desfășurat o acțiune ilicită. Calitatea de martor relevant nu „implică suspiciunea sau lipsa suspiciunii” față de persoana astfel identificată. Hotărârile Curții pronunțate până la acest moment au folosit noțiunea de „suspiciune individualizată” în sensul „suspiciune individualizată privind săvârșirea unei *fapte ilicite*.” Aspectul sugerat de opinia majoritară, respectiv că noțiunea de

„suspiciune individualizată” este mai degrabă asociată cu „știința privind o infracțiune” sau „organizarea unei zile de naștere surpriză” decât cu suspiecții de săvârșirea unei infracțiuni, este greu de acceptat. Modul în care această noțiunea a fost preluată în jargonul juridic nu ridică discuții. Atunci când știrile de seară anunță că persoana care este suspectată de un omor este în libertate, telespectatorul va fi căuta să îl vadă pe stradă pe făptuitor, nu pe martor. Ashcroft a înțeles această noțiune astfel cum este ea înțeles în mod uzual de avocați: A vorbit despre privarea de libertate a martorilor relevanți ca o modalitate de a „lua de pe străzi persoane suspectate de acte de terorism”

¹⁶⁰ Hanft v. Padilla, 546 U.S. 1084 (2006)

¹⁶¹ Padilla v. Hanft, 389F. Supp. 2d 678(D.S.C., 2005)

Padilla s-a întâlnit cu agenți ai Al-Qaeda în Afganistan, a participat la antrenamente în tehnica asamblării bombelor și a fost santinelă la ceea ce el a descris ca fiind o tabără a Talibanilor. La momentul în care SUA au început operațiunile militare în Afganistan, Padilla și alți agenți ai Al-Qaeda au mers de la o casă conspirativă la alta pentru a evita bombardamentele și capturarea. Padilla, a fost, conform situației de fapt astfel cum ne este prezentată, „prezent și înarmat într-o zonă de război în timpul conflictul armat între AlQaeda/Talibani și forțele armate ale SUA”. Odată ajuns în Pakistan, Padilla s-a întâlnit cu Khalid Sheikh Mohammad, un agent senior AlQaeda care se ocupa cu planificarea operațiunilor, care l-a trimis pe Padilla să călătorească în Statele Unite pentru a arunca în aer blocuri de apartamente în vedere continuării războiului de teroare dus împotriva Statelor Unite. După ce a mai fost instruit și a primit bani, documente de călătorie și dispozitive de comunicare, Padilla a zburat în Statele Unite pentru a îndeplini misiunea acceptată.¹⁶²

Având în vedere această situație de fapt, curtea a reținut că acesta poate fi calificat ca fiind „soldat inamic” având în vedere că era înarmat în Afganistan și prin urmare putea fi deținut în temeiul AUMF. Curtea celui de-al Patrulea Circuit a statuat că Padilla era un soldat inamic care s-a asociat cu forțele armate ale inamicului și cu ajutorul și coordonarea acestuia a intrat în aceasta țară în scopul săvârșirii actelor de agresiune pe teritoriul american. Dar această „situație de fapt” erau întemeiate pe susținerile avocatului reclamantului formulate cu ocazia cererii de judecată simplificată – nu au fost niciodată supus cenzurii unui observator

neutru, iar ulterior Guvernul a renunțat la susținerea că ar fi intrat în țară pentru a detona un „dirty bomb”, realizând alte susțineri modificate în fața mai multor instanțe.

Cererea de încuviințarea a căii de atac în fața Curții supreme a fost formulată pe da 25 octombrie 2005. Cu puțin timp înainte de expirarea termenului de răspuns din partea Guvernului, acesta a formulat o cerere de transfer a deținutului în competența instanțelor civile din Florida pentru a fi judecat pentru mai multe acuzații. Cererea a fost înaintată de către curtea celui de-al Patrulea Circuit către Curtea Supremă, aceasta din urmă încuviințând-o pe data de 4 ianuarie 2006.¹⁶³ Curtea a susținut că „va analiza cererea de încuviințare a căii de atac la momentul oportun”, lucru pe care l-a făcut în aprilie 2006, printr-o hotărâre care a cuprins mai multe opinii ciudate. Cererea a fost respinsă, existând trei opinii separate și o opinie concurentă formulată de către patru judecători.¹⁶⁴ Judecătorul Kennedy a scris opinia concurentă a celor 4 patru judecători:

Având în vedere schimbările privind privarea sa de libertate și având în vedere că aproape 4 ani au trecut de la momentul în care acesta a fost privat pentru prima oară de libertate, trebuie să recunoaștem că Padilla poate fi îngrijorat că statul său poate fi din nou modificat. Această îngrijorare poate fi însă soluționată dacă va fi necesar.

Susținerile lui Padilla ridică serioase probleme legate de separația puterilor în stat, inclusiv privind rolul și funcționarea instanțelor judecătorești, dar în același timp îndeamnă la rezervă în analizarea lor atât timp cât parcursul procedurilor legale le-a transformat în probleme ipotetice. Acesta este cu atât mai

¹⁶² Padilla v. Hanft, 423F.3d 386, 390(4th Cir. 2005)

¹⁶³ 546 U.S. la 1084.

adevărat având în vedere că prezenta modalitate de privare de libertate este o parte din remediul solicitat de către acesta și prin urmare legalitatea sa este necontestată.¹⁶⁵

În mod ironic, s-ar putea susține la fel de ușor că „separația puterilor în stat, inclusiv rolul și funcționarea instanțelor judecătorești” s-ar opune în mod ferm permiției Guvernului de a se juca cu sistemul prin transferarea sa încă o dată în competența unei alte jurisdicții, pentru un scop diferit și astfel evitând exercitarea controlului judiciar asupra detenției sale de patru ani. Judecătorul Ginsburg a fost rezervată în opinia sa separată de la respingerea cererii de încuviințare a căii de atac, făcând trimitere numai la relevanța cererii.¹⁶⁶

Recapitulând, toate acestea s-au întâmplat după ce cererea sa a fost declinată din New York în Carolina de Sud, admisă de către instanța districtuală, respins de către Curtea celui de-al Patrulea Circuit, moment la care acesta fusese deținut în regim de izolare fără nici un control judiciar pentru aproape patru ani. Cum poate fi aceasta considerată ca respectând propriul nostru principiu a procesului echitabil, fără a mai aminti de mai multe norme internaționale privind drepturile omului? Arată de asemenea atitudinea sfidătoare pe care Administrația (*n.n. prezidențială*) a arătat-o față de sistemul judiciar – hotărând să nu acorde ocazia Curții Supreme să analizeze o încălcare vădită a legii.

Ca urmare a acestor manopere dolosive, Padilla a fost în cele din urmă judecat și condamnat pentru săvârșirea

infracțiunii de complicitate la omor în afara Statelor Unite și participarea în acordarea sprijinului material terorismului.¹⁶⁷ I-a fost aplicată o pedeapsă de 17 ani închisoare și acesta a formulat în California o cerere în răspundere civilă delictuală împotriva lui John Yoo¹⁶⁸, printre alții, în timp ce mama sa a formulat o cerere similară în Virginia.¹⁶⁹ Ambele acțiuni au solicitat repararea prejudiciului cauzat prin privarea de libertate în mod nelegal precum și aplicarea de rele tratamente în această perioadă. Acestea vor fi analizate în capitolul ulterior „Acțiuni în răspundere civilă delictuală împotriva agenților de stat”, menționând la acest moment numai că instanțele au reușit să evite și aceste cereri.

a. Iliada lui Ali Al-Marri

Astfel cum Iliada grecească ne arată o poveste complexă dar pare să acopere numai câteva săptămâni dintr-un război de durată, cauza lui Ali Al-Marri ne povestește în mai multe volume despre tratamentul aplicat unei singure persoane aflată în mâinile Guvernului nostru.¹⁷⁰ Paragraful inițial din hotărârea redactată de către judecătorul Motz, în procedura *en banc* (*n.n. procedură utilizată în cauzele de o importanță deosebită, în care instanța de apel este compusă din majoritatea judecătorilor acelei instanțe*) desfășurată în fața Curții din cel de-al Patrulea Circuit, merită redat în integralitate:

Timp de mai bine de două secole de dezvoltare și criză, pace și război, Constituția a asigurat libertatea noastră prin garanția că, în Statele Unite, nimeni nu va fi privat de libertate fără desfășu-

¹⁶⁴ Padilla v. Hanft, 547U.S. 1062 (2006)

¹⁶⁵ *Idem* la 1064.

¹⁶⁶ *Idem* la 1064-65

¹⁶⁷ Acuzațiile au fost un pic mai complicate și au ridicat anumite chestiuni fundamentale privind instituția complicității, dar aceasta este un subiect pentru o altă ocazie. A se vedea United States v.

Hassoun, 2007 U.S. Dist. LEXIS 85720 (S.D. Fla. 2007).

¹⁶⁸ Padilla v. Yoo, 678 F.3d748 (9th Cir. 2012).

¹⁶⁹ Lebron v. Rumsfeld, 670 F.3d540 (4th Cir. 2012).

¹⁷⁰ Al-Marri v. Pucciarelli, 534 F.3d213 (4th Cir. 2008).

rarea unui proces echitabil. Cu toate acestea, în urmă cu mai bine de cinci ani, autoritățile militare l-au reținut pe Ali Saleh Kahlal al-Marri, un cetățean străin având reședință legală. Acesta a fost privat de libertate de la acel moment, fără a se formula o acuzație penală și fără a fi desfășurat un proces. A fost astfel privat de libertate, deși a fost inițial luat din domiciliul său din Peoria, Illinois, de către autoritățile civile și arestat preventiv pentru săvârșirea de infracțiuni legate de violența în familie. A fost astfel privat de libertate, deși Guvernul nu a susținut în nici un moment că ar fi membru al unei armate, că ar fi luptat împreună cu forțele armate a vreunei națiuni sau că a ridicat armele împotriva Statelor Unite în vreo parte a lumii. A fost astfel privat de libertate, fără respectarea garanțiilor oferite de către Constituție, având ca temei numai convingerea puterii executive că privarea de către forțele armate pe o perioadă nedeterminată – sau chiar privarea de către forțele armate pe o perioadă nedeterminată a unui cetățean american – este adecvată.¹⁷¹

Ali Al-Marri, cetățean al Qatar-ului, a intrat în SUA pe data de 10 septembrie 2001 pentru a urma cursurile de master. A fost arestat în decembrie în timp ce se afla la domiciliul său din Peoria, Illinois, fiind suspect de transferul fraudulos de fonduri pentru al Qaeda. A fost audiat cu privire la înșelăciune prin carduri de credit și a fost în cele din urmă acuzat atât pentru înșelăciune cât și pentru mărturie mincinoasă. La aproape doi ani de la momentul arestării sale, instanța a stabilit într-o vineri ședința pentru cererile prealabile și în luna următoare a fost stabilit prin decret prezidențial că acesta era un soldat inamic și a fost prin urmare transferat într-un penitenciar administrat de forțele navale din Carolina de Sud.

De la acel moment (adică, pentru cinci ani) forțele armate l-au privat de libertate pe al-Marri drept un soldat inamic, fără a fi acuzat și fără a exista vreo dată limită pentru încetarea privării de libertate. Pentru primele 16 luni ale privării sale de către armată, Guvernul nu i-a permis lui al-Marri să comunice cu lumea exterioară, inclusiv cu avocații săi, cu soția și copiii săi. Acesta a susținut că i-au fost refuzat nevoile elementare, a fost interogată prin utilizarea unor metode extreme de privare senzorială și a fost amenințat cu exercitarea de violențe. O cerere de chemare în judecată formulată în fața instanțelor civile contestă condițiile „inumane”, „degradante” și „abuzive” ale privării de libertate.¹⁷²

Completul inițial investit din cadrul Curții din cel de-al Patrulea Circuit, a cărei opinie majoritară a fost redactată de către judecătorul Motz cu o opinie separată, a statuat că al-Marri trebuie eliberat sau judecat.¹⁷³ Judecătorul Motz a arătat că Guvernul nu a susținut că al-Marri: (1) este cetățean sau asociat al forțelor armate al vreunei națiuni care se află în stare de război cu Statele Unite; (2) ar fi fost capturat pe sau în apropierea unui câmp de luptă pe care forțele armate ale Statelor Unite sau aliații săi ar fi fost angajați în luptă; (3) ar fi fost la vreun moment în Afganistan pe timpul conflictului dintre Statele Unite și Talibani; sau (4) că ar fi participat în vreo acțiune ostilă îndreptată împotriva forțelor armate ale Statelor Unite sau ale aliaților.¹⁷⁴

Judecătorul Motz a subliniat că susținerile Guvernului ar justifica judecarea lui al-Marri pentru infracțiuni foarte grave, dar nu exista o justificare pentru detenția extrajudiciară dispusă de către executiv a unei persoane care nu a participat în mod direct în acțiuni ostile împotriva SUA.

¹⁷¹ *Idem* la 217

¹⁷² *Idem* la 220

¹⁷³ *Al-Marri v. Wright*, 487F.3d 160(4th Cir.2007)

¹⁷⁴ *Idem* la 166

Atunci când Curtea pentru al Patrulea Circuit a luat din nou în discuție cauza *en banc*, a rezultat o hotărâre fracturată în mai multe opinii. Opinia majoritară, redactată de către judecătorul Wilkinson a considerat că AUMF autorizează privarea de libertate a unui soldat inamic în temeiul presupusei afilierei cu Talibanii alQaeda. Forma cea mai atenuată a independenței judiciare în toată această poveste poate fi reprezentată de următoarele comentarii ale judecătorului Wilkinson:

Cauza de față ne aduce aminte că trăim într-o perioadă în care sute de vieți omenești pot fi masacrate printr-o singură acțiune și unde vaste zone urbane pot fi nivelate într-o secundă. Dacă în trecut au existat pericole pentru această țară, acestea apar ca fiind un prolog pentru amenințările care ne așteaptă în viitor. Rezistența instanțelor față de încercarea la nivel politic de a contracara aceste pericole riscă să transforme instanța în cea mai periculoasă putere în stat.

Arăt acestea nu pentru a crea panică sau teamă, ci mai degrabă ca o invitație la o atitudine prudentă. Dezvoltarea și accesibilitatea tehnologiei avansează cu pași repezi, iar sistemul nostru de drept trebuie să recunoască aceste circumstanțe schimbătoare. Altfel spus, legea trebuie să reflecte starea actuală a războiului modern. Prin accentuarea unor noțiuni depășite și învechite cum ar fi state aflate în conflict și câmpuri de luptă externe delimitate, opinia exprimată de o pluralitate de judecători (redactată de către judecătorul Motz) și opinia concurentă (redactată de către judecătorul Traxler) percep în mod greșit pericolul actual, și prin aceasta, ratează ocazia prezentată de cauza Al-Marri pentru a crea un cadru de luptă împotriva acestor pericole din viitorul nostru.¹⁷⁵

Cred că este bine că judecătorul a precizat că această opinie nu a fost formulată pentru a crea panică sau frică, pentru că altfel aș fi crezut că acesta a fost scopul. Este o invitație la abandonare a proceselor judiciare în favoarea discreției necenzurabile a Executivului de a priva de libertate pe oricine în orice moment, numai pentru faptul că alte persoane ar putea fi ucise. Care este noutatea? Care sunt noile pericole? Masacrul persoanelor nevinovate a existat întotdeauna și din nefericire, va continua să existe. Susținerile în favoarea unui puteri *in alb* dată executivului sunt exact ceea ce crearea privilegiului habeas corpus a evitat și rațiunea mai multor declarații privind drepturile omului. Călea detenției dispusă de executiv, fără exercitarea unui control, este călea tiraniei.

Călea de mijloc pentru completul *en banc* a fost trasată de către judecătorul Traxler, care a fost de acord că AUMF constituia temei pentru privarea de libertate a unui soldat inamic aflat pe teritoriul SUA, dar a interpretat *Hamdi* în sensul că Al-Marri trebuia să îi fie acordată posibilitatea să administreze probe prin care să contrazisă acuzațiile aduse. Aceasta a dus la o instanță divizată, care a emis un trimis cauza în fața curții districtuale pentru a administra probele în apărare.

Curtea Supremă a încuviințat cererea de apel.¹⁷⁶ Arătând dispreț față de procedurile judiciare, la acel moment Guvernul a formulat o cerere în fața Curții de transferare a deținutului către autorităților civile pentru a fi judecat cu privire la acuzațiile inițiale, cererea acceptată de către Curtea Supremă.¹⁷⁷ Al-Marri a pledat vinovat cu privire la acordarea sprijinului material conform art. 2339(B) și a fost condamnat la pedeapsa

¹⁷⁵ *Idem* la 293

¹⁷⁶ *al-Marri v. Pucciarelli*, 555 U.S. 1066 (2008)

¹⁷⁷ *al-Marri v. Spagone*, 555 U.S. 1220 (2009)

de 100 luni închisoare – pedeapsa ar fi fost de 180 luni conform articolul dar judecătorul a dedus cele 71 de luni de privare de libertate precum și alte 9 luni „pentru a reflecta condițiile grele suferite pe parcursul încarcerării sale în penitenciarul forțelor navale”¹⁷⁸

3. Acțiunile în răspundere delictuală – Imunitate, secrete de stat, „Factori speciali”

Cele mai cunoscute trei doctrine pentru a împiedica acțiunile celor care au fost necorespunzător tratați (alegat în unele cazuri, sigur în altele) sunt „privilegiul secretului de stat” (SSP), imunitatea calificată, excepția factorilor speciali a acțiunilor în răspundere delictuală. Aceste trei doctrine sunt, într-un anume fel, fel interconectate și vor fi tratate într-o singură secțiune dedicată acțiunilor în răspundere delictuală.

Acțiunile în răspundere delictuală împotriva oficialilor federali încep sub doctrina *Bivens*¹⁷⁹, potrivit căreia instanțele federale vor recunoaște drepturi private la acțiune derivând din prevederile constituționale, cum ar fi procesul echitabil pentru abuzul fizic sau al Patrulea Amendament pentru încălcarea vieții private.

Imunitatea calificată protejează oficialii federali și cei ai statutului împotriva acțiunilor în răspundere afară de cazul în care reclamantul prezintă elemente de fapt arătând că (1) funcționarul a încălcat un drept statutar sau constituțional și (2) că dreptul era „prevăzut clar” la momentul faptei contestate.¹⁸⁰

Am menționat anterior cazul lui Abdullah al-Kidd care a fost deținut în

temeiul unui mandat de aducere a martorului și care ulterior a formulat acțiune împotriva fostului Avocat General Ashcroft, invocând politica post-9/11 de a folosi regula declarațiilor de martor pentru a reține persoane cu legături suspecte cu organizații teroriste. Prin plângerea sa invoca faptul că agenții statului au reținut suspecti sub pretextul că aceștia constituie martori în alte cauze, pentru că nu aveau suficiente probe pentru a-i acuza de săvârșirea unei crime. Al-Kidd, un nativ cetățean american a fost arestat în 2003 în timp ce se îmbarca pentru o cursă în Arabia Saudită iar apoi a fost reținut în temeiul unui mandat de aducere a martorului emis de un magistrat federal într-o cauză fără nici o legătură. El a fost reținut 16 zile iar apoi eliberat sub supraveghere până la momentul la care cealaltă cauza s-a finalizat după mai bine de un an.

Curtea de al Nouălea Circuit a reținut că Ashcroft „trebuia să cunoască” că folosirea unui mandat sub un anumit pretext constituia o încălcare a celui de-al Patrulea Amendament¹⁸¹. Pentru Curtea Supremă, judecătorul Scalia a răspuns în maniera sa subtilă:

Noi am spus în mod repetat instanțelor inferioare – și celei de al Nouălea Circuit în particular - să nu definească drepturile clar prevăzute într-o manieră de largă generalitate..... Al Patrulea Amendament a constituit un răspuns la utilizarea de către Coroana engleză a mandatelor generale, care adesea permiteau oficialilor regali să percheziționeze și să rețină orice și pe oricine doreau în timp

¹⁷⁸ al-Marri v. Davis, 714 F.3d 1183, 1186 (10th Cir. 2013)

¹⁷⁹ Bivens v. 83 Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971).

¹⁸⁰ Ashcroft v. al-Kidd, 131 S. Ct. 2074 (2011).

¹⁸¹ al-Kidd v. Ashcroft, 580 F.3d 949, 969 (9th Cir. 2009):

“Există o clară distincție între a reține o persoană pentru a determina dacă aceasta a comis

o crimă și reținerea unei persoane pentru a o interoga dacă aceasta are informații despre o persoană necunoscută care a comis o crimă cu o săptămână înainte” [Illinois v. Lidster, 540 U.S. 419, 428 (2004)] (Stevens, J., concurring in part, dissenting in part). Aceasta este în mod precis distincția în discuție și motivul pentru care noi susținem că politica lui Ashcroft a fost, așa cum s-a ales, neconstituțională.

ce investigau crimele și ofensele la adresa Coroanei. Potrivit instanței de apel, Ashcroft trebuia să observe că un pretextual mandat, în mod similar „distruge protecția de substanță a celui de-al Patrulea Amendament și permite Statului să aresteze pe baza unei simple suspiciuni”. Ashcroft trebuie iertat pentru faptul că a omis această paralelă care ne-a scăpat și nouă, în egală măsură.¹⁸²

Într-o cauză similară, Javid Iqbal, fără succes, a acționat împotriva Avocatului General Ashcroft și directorului F.B.I. Mueller pentru politici care au condus la supunerea sa unui tratament necorespunzător în timpul reținerii sale¹⁸³. El a invocat faptul că a fost plasat într-o unitate administrativă specială și „supus....unor condiții severe de detenție datorită rasei, religiei sau originii sale”. Opinia Curții Supreme exprimată de judecătorul Kenedy reținea că alegațiile lui Iqbal privind supunerea sa la tratamente necorespunzătoare, în mod cert, priveau violări ale drepturilor constituționale de către gardieni necunoscuți. Dar nimic din alegațiile sale nu puteau valida speculațiile sale că Ashcroft or Muller autorizaseră sau determinaseră respectivul tratament. Astfel, făcând aplicarea recentelor standarde adoptate de către Curte, care impun reclamantului de a prezenta o teorie „plauzibilă” a faptelor, Iqbal nu a reușit să înlăture motiunea de respingere întemeiată pe imunitatea calificată.¹⁸⁴

Doctrina “secretelor de stat” se prezintă sub două aspecte. Un aspect protejează probe specifice când privilegiul este invocat.¹⁸⁵ Extrema aplicare apare

când simpla existență a litigiului ar reprezenta o amenințare la adresa securității naționale, conducând la o totale exceptare a doctrine *Bivens* și respingerea acțiunii reclamantului.¹⁸⁶ Privilegiul secretelor de stat (SSP) protejează a largă paletă de acțiuni în materii care interesează securitatea națională și totul depinde de abilitatea Guvernului în a convinge judecătorul de aceasta, chiar fără furnizarea unor probe în faza examinării cauzei *in camera*.

E posibil a convinge Curtea, întemeiat pe toate circumstanțele cauzei, că există un pericol rezonabil în sensul că obligativitatea furnizării probelor interesează probleme militare care, în interesul securității naționale, nu trebuie divulgate. În asemenea situații, aplicarea privilegiului este oportună și instanța nu trebuie să periclitizeze securitatea pe care privilegiul este destinat a o proteja, prin insistența în examinarea probelor chiar de către judecătorul unic, *in camera*¹⁸⁷.

Khaled El-Masri a introdus o acțiune în răspundere împotriva lui Geoge Tenet, a trei corporații pârâte, a zece angajați nenumiți ai Agenției Centrale de Inteligență (CIA) și a zece angajați nenumiți ai corporațiilor pârâte.¹⁸⁸ El a susținut că inițial a fost deținut de către autoritățile macedonene, predat apoi angajaților CIA care l-au transportat în Afganistan și, în final, eliberat, undeva în Albania. A pretins că pe acest traseu a fost “bătut, târât, forțat și legat la ochi în timpul transportului; închis într-o mică și neigienică celulă; interogat de câteva ori; și, constant, împiedicat să comunice cu oricine din afara imobilului de detenție”

¹⁸² 131 S. Ct. at 2084.

¹⁸³ Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009). În final, el a pledat vinovat în privința acuzațiilor de fals privind identitatea , și-a executat pedeapsa și a fost deportat în țara de origine, Pakistan.

¹⁸⁴ Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

¹⁸⁵ United States v. Reynolds, 345 U.S. 1 (1953).

¹⁸⁶ Totten v. United States, 92 U.S. 105 (1876); see Wilson v. Libby, 498 F. Supp. 2d 74 (D.D.C. 2007)

¹⁸⁷ 345 U.S. la 10.

¹⁸⁸ El-Masri v. United States, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007).

Curtea din al Patrulea Circuit a statuat că acțiunea, în mod inexorabil, implică secrete privilegiate de stat și că procesul nu poate fi declanșat sub nici o formă. Reclamantul, chiar dacă ar realiza *prima facie* o prezentare a tratamentului său, el ar trebui să furnizeze probe despre operațiunile CIA. "O asemenea prezentare ar putea fi făcută doar cu probe care relevă cum CIA organizează, asigură personalul și supervizează cele mai sensibile operațiuni secrete.....În ceea ce privește corporațiile pârâte și angajații acestora, El-Masri ar trebui să dovedească existența și detaliile contractelor de spionaj ale CIA, o încercare, practic nediferențiată de aceea, relevată în mod categoric în *Totten și Tenet v. Doe*.¹⁸⁹ Prin urmare, dacă reclamantul își îndeplinește sarcina probei, pârâții nu ar putea să prezinte o apărare serioasă fără devoalarea surselor și metodelor lor.

Instanța, în cauza El-Masri și-a încheiat motivarea respingerii acțiunii cu aceste comentarii:

Nimic din această soluție nu trebuie luat ca un semn de aprobare sau dezaprobare judiciară a programelor de predare; nu se intenționează a o face. În timp de război, țara noastră, în principal prin autoritatea executivă, trebuie să ia măsuri excepționale pentru împiedicarea inamicului. Bineînțeles, americanii patrioți și rezonabili sunt liberi să nu fie de acord cu caracterul și eficacitatea acestor măsuri excepționale. Dar ceea ce această decizie reține este că aceste măsuri nu sunt elemente utile pentru demersul justiției întrucât aici, secretele de stat sunt în centrul litigiului iar privilegiul este în mod valid invocat.

În final, lăsând deoparte toate aspectele legale, dacă alegațiile lui El-Masri sunt adevărate sau în esență adevărate, atunci toate persoanele rezonabile-inclusiv cele care cred că secretele de stat trebuie protejate și ca acest proces nu poate continua și programele de predare sunt măsuri necesare ce trebuie luate în acest război - trebuie să fie de acord că El-Masri a suferit vătămări ca o consecință a greșelii țării noastre și merită o reparare. Astfel, din concluzia trasă aici este clar că singurele surse ale acestei reparații trebuie să fie Puterea Executivă sau Puterea Legislativă, și nu Puterea Judecătorească¹⁹⁰

Într-o cauză care a generat o controversă semnificativă în Regatul Unit, Binyam Mahomed a fost alăturat altor patru deținuți care se presupune că ar fi fost torturați în diferite secrete locații.¹⁹¹

Ei au chemat în judecată pe operatorul zborului (un Gulfstream V) care a fost folosit de către CIA în "zone negre" și operații speciale. Curtea de al Nouălea Circuit a evocat sentimentele judecătorului din El-Masri cu aceste comentarii:

Acest caz ne solicită să stabilim un echilibru dificil pe care doctrina secretelor de stat o impune între principiile fundamentale ale libertății noastre, incluzând justiția, transparența, responsabilitatea și securitatea națională. Deși ca judecători ne străduim să onorăm toate aceste principii, există perioade când circumstanțe excepționale creează un conflict inconciliabil între acestea. În aceste rare ocazii, suntem obligați să urmărim avertismentul Curții Supreme în sensul că "chiar cea mai stringentă necesitate nu

¹⁸⁹ A se vedea *Totten v. United States*, 92 U.S. 105, 107 (1875) (stabilind o interdicție totală de a pune în aplicare aranjamente confidențiale pentru activități de spionaj, pe motive că " politicile publice interzic desfășurarea oricărui proces în instanțele de judecată, proces care ar conduce inevitabil la devoalarea unor informații calificate de lege ca fiind

confidențiale"); *Tenet v. Doe*, 544 U.S. 1, 10-11 (2005) (reafirmând *Totten* printr-o decizie unanimă)

¹⁹⁰ *El-Masri v. Tenet*, 437 F. Supp. 2d 530, 540-41 (E.D. Va. 2006).

¹⁹¹ *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010).

poate surclasa invocarea privilegiului dacă instanța e în cele din urmă convinsă că [secretele] de stat sunt în joc”. *Statele Unite v. Reynolds*. După o lungă deliberare, noi, ezitant, decidem aceasta într-o astfel de cauză iar acțiunea reclamantului trebuie respinsă.

Mohamed a fost repatriat în U.K. și a creat o mare controversă cu alegații credibile despre implicarea MI5 în interogarea și torturarea sa. Curtea de Apel din Regatul Unit a reținut că versiunea britanică a SSP nu ar proteja rapoartele de investigație care, potrivit instanței, făceau clar referire că acesta fusese supus unor tratamente nelegale și ridicau semne de întrebare despre implicarea ofițerilor britanici. Mohamed, în final, a stins litigiul împotriva Guvernului Britanic pentru 1.000.000 £.

Un cetățean Canadian, Maher Arar, de asemenea, a introdus, fără succes¹⁹², o acțiune în Statele Unite, și, subsecvent a obținut un semnificativ aranjament de stingere a litigiului din partea guvernului din țara sa. Arar fusese deținut în timpul tranzitului prin aeroportul J.F.K. pe baza informațiilor din partea autorităților canadiene. Detenția sa de 12 zile în New York, transferarea în Siria, și 10 luni de abuz într-o închisoare siriană, erau documentate de către o comisie specială canadiană. Acțiunile sale în Canada au fost stinse prin plata a 10,5 milioane dolari și scuze din partea Guvernului Canadian.

În procesul său împotriva a diferiți oficiali americani, Curtea de al Doilea Circuit a reținut că acesta nu putea susține o acțiune în temeiul Legii privind Protecția Victimelor Torturii deoarece acest statut privește doar acțiunile săvârșite în temeiul unei legi străine însă nu există alegații că ofițerii americani ar fi acționat urmând dreptul sirian. Privitor la detenția sa de 12 zile în New York acesta

poate să formuleze a plângere privind echitatea procesului însă în cererea sa nu a “*indicat nici o acțiune culpabilă realizată de vreunul dintre pârâți*”.

Judecătorul Calabresi, urmat de câțiva colegi, a făcut opinie minoritară cu acest comentariu:

În mod respectuos am o opinie diferită.....Deoarece cred că atunci când istoria acestei distinse instanțe va fi scrisă, decizia majorității de astăzi va fi privită cu dezamăgire, eu adaug câteva cuvinte în numele meu, “...*mai mult în tristețe decât în ostilitate*” Hamlet, act.1, sc.2.

În ceea ce poate fi descris ca un „caz lamentabil”, completat cu detalii privind tratamentul josnic la care unii deținuți au fost supuși în Abu Ghraib și Afganistan, curtea districtuală a Provinciei Columbia (DC) a ajuns la o concluzie similară¹⁹³. În plus față de „considerațiile cruciale de securitate națională și politică externă”, discutate de către Curtea de al Doilea Circuit, instanța din DC s-a angajat într-o dezbateră mai extinsă asupra cazului *Eisentrager* și a următoarelor cazuri asemănătoare acestuia, deoarece reclamanții în aceste cazuri, nu au încercat să intre pe teritoriul Statelor Unite și într-adevăr, au fost reținuți în zonele de conflict activ.

Reclamanții, precum și *amici* [ofițerii militari pensionari], contestau ideea că o decizie bazată pe cazul *Bivens* ar impune o supraveghere judiciară asupra sistemului militar de luare a deciziilor și știrbirea eficacității militare pe câmpul de luptă, susținând în schimb că „furnizarea unui remediu eficace la încălcarea drepturilor constituționale ale Reclamanților ar fi în întregime în consonanță cu legile și regulamentele militare de lungă durată și nu ar implica Curtea în nici un demers nepotrivit. „Precauțiile Curții față de

¹⁹² Arar v. Ashcroft, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009)

¹⁹³ *In re Iraq and Afghanistan Detainees* 97 Litigation, 479 F. Supp. 2d 85 (D.D.C. 2007).

abordarea mioapă susținută de reclamanți și de *Amici*, care, în esență, definește problematica faptului că tortura este interzisă universal și, prin urmare, justifică un remediu juridic creat în condițiile date.

Nu poate fi contestat faptul că autorizarea acordării de compensații sub forma de daune pecuniare pentru acțiunile oficialilor militari implicați într-un teatru de luptă activ ar invita adversarii noștri să folosească instanțele federale proprii pentru a bloca capacitatea forțelor armate de a acționa decisiv și fără ezitare în apărarea libertăților și a intereselor noastre naționale, o perspectivă pe care Curtea Supremă a constatat-o ca fiind intolerabilă în cazul *Eisentrager*.

Shafiq Rasul (petiționarul titular, în cazul pe care Curtea Supremă de Justiție în 2004 l-a avut provenind din Guantanamo¹⁹⁴) a fost repatriat în Marea Britanie în 2004. El și alți trei au depus plângere împotriva mai multor oficiali federali, inclusiv împotriva Ministrului apărării Rumsfeld, pentru maltratare înjosoare și discriminare religioasă¹⁹⁵. Rasul și alte două persoane au afirmat că acestea erau prezente în Afganistan pentru a oferi ajutor umanitar, atunci când au fost capturați de către Alianța de Nord și au fost predați forțelor occidentale. Un alt co-reclamant, al-Harith, a afirmat că el a fost de fapt răpit din Pakistan de talibani, de la care a scăpat, înainte de a fi fost în mod eronat reținut de forțele occidentale. Curtea din D. C. a hotărât că:

a. pretențiile lor pe temeiul Alien Tort Act (**s.n.** Legea Răspunderii Delictuale pentru Străini –Garanteaza dreptul străinilor de a cere Curților Statelor Unite sa constate incalcare ale Legilor Naționale sau a Tratatelor Bilaterale in afara

Teritoriului Statelor Unite) ar fi trebuit sa fie formulate în conformitate cu Federal Tort Claims Act, care are o procedură de specialitate ce trebuie urmată atunci când ofițerii federali sunt chemați în judecată pentru acțiuni desfășurate în exercitarea calității pe care o dețin,

b. cererile de constatare a unor drepturi constituționale nu sunt aplicabile, deoarece străinii non-rezidenți din afara SUA nu au drepturi constituționale iar cererile nu sunt admisibile din cauza imunității de bună-credință a inculpaților,

c. cererile lor în vederea recunoașterii libertății religioase nu sunt recunoscute prin Religious Freedom Restoration Act (**Legea privind Apararea Libertatilor Religioase-s.n.**) pentru că legea nu are nici o aplicabilitate în cazul străinilor rezidenți în afara teritoriului suveran al Statelor Unite ale Americii la data când presupusa încălcare a RFRA a apărut.

Un alt solicitant individual ce a cerut compensarea este Jose Padilla¹⁹⁶. Așa cum este descris mai sus, Padilla a fost arestat pe aeroportul O'Hare și închis la izolare pe un bric militar pe o perioadă de aproape patru ani până când a fost în cele din urmă judecat și condamnat într-un proces în fața unui tribunal federal civil. Prin procesul său civil a fost acuzat John Yoo de diverse încălcări ale prevederilor constituționale prin acordarea de avize juridice fictive care au permis ca Padilla să fie supus la încarcerări extrajudiciare

Yoo a susținut că anumiți „factori speciali” au dus la respingerea invocării unei cereri de tip *Bivens*. Instanța a evaluat implicațiile de securitate națională ale argumentelor lui Yoo remarcând faptul că Padilla nu a fost suspectat că ar fi luptat împotriva Statelor Unite sau, altfel spus, că ar fi fost „implicat într-un conflict armat” cu SUA, astfel încât noțiunea de a fi

¹⁹⁴ Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004).

¹⁹⁵ Rasul v. Myers, 512 F.3d 644 (D.C. Cir. 2008), *reaff'd*, 563 F.3d 527 (D.C. Cir. 2009).

¹⁹⁶ Padilla v. Yoo, 633 F. Supp. 2d 1005 (N.D. Cal. 2009).

calificat ca prizonier în conformitate cu reglementările în caz de război nu a putut fi invocate ca motiv pentru respingerea eliberării sale. Într-adevăr, spre deosebire de afirmațiile făcute de Iqbal împotriva AG (*Avocatul General*) Ashcroft, „Curtea constată ca Padilla a adus suficiente probe pentru a satisface cerința ca Yoo să fi pus în mișcare o serie de evenimente care au dus la privarea de drepturi constituționale ale lui Padilla”. Și cu privire la cererea lui Yoo pentru imunitate calificată:

Curtea constată că Padilla dovedise o încălcare a drepturilor sale constituționale, care erau clar stabilite la momentul săvârșirii faptelor. Mai mult, pe baza faptului că afirmațiile acestuia implica un comportament care ar fi neconstituțional chiar dacă s-ar îndreptat către orice deținut, orice ofițer federal obișnuit ar fi putut crede că acest comportament este legal. Prin urmare, Yoo nu are dreptul la imunitate calificată¹⁹⁷.

În apel, Curtea din al Nouălea Circuit a modificat decizia, considerând că neglijențele lui Yoo nu au fost atât de clar stabilite încât să nu i se acorde imunitatea calificată¹⁹⁸. Curtea din al Nouălea Circuit a afirmat standardul aplicabil a fi dacă „în momentul în care a pus în aplicare legea era... suficient de clară că fiecare funcționar rezonabil ar trebui să fi înțeles că lucrurile pe care le făcea acesta încălcau drepturile reclamantilor”. Între timp, Curtea de al Patrulea Circuit a hotărât că Padilla, având în vedere ca este reprezentat de mama sa într-o acțiune separată, nu ar putea formula o cerere de tip Bivens împotriva nimănui pentru presupusa lui detenție nelegală și maltratare.¹⁹⁹

Instanța a motivat, la fel ca în cazul deciziei sale în cazul el-Masri, că orice explorare a circumstanțelor în care a fost aplicat tratamentul său va conduce instanțele de judecată în efectuarea de presupuneri privind acțiunile executivului și legislativului într-un moment de criză națională. Aceste „situații speciale”, au prilejuit astfel, ezitarea în aplicarea apărării Bivens.

În cele din urmă, există un reclamant instituțional cu o victorie relativă într-un caz de compensare, dar fără compensare, Al-Haramain Foundation.²⁰⁰ După îndelungate litigii cu privire la programele de supraveghere fără respectarea FISA și fără mandate, efectuate de către NSA, fundația reclamantă în primul rând a trebuit să dovedească că are motive temeinice pentru chemarea în judecată. Acesta a fost capabil să convingă Curtea de al Nouălea Circuit, că a fost, probabil, ținta unor interceptări telefonice neautorizate, deoarece altfel nu ar fi existat nici o dovadă prin care Guvernul ar putea să își bazeze cererile sale de a declara organizația ca fiind un FTO. După depășirea acestui obstacol, reclamantul s-a confruntat cu Privilegiul Secretelor de Stat (SSP), la care instanța de judecată a răspuns că FISA a pre-înlăturat SSP prin furnizarea unor despăgubiri civile în cazul unor interceptări telefonice neautorizate. Permițând Guvernului în repetate rânduri să depună dovezi că supravegherea fundației a fost într-adevăr autorizată de către Curtea FISA, judecătoria a pronunțat o hotărâre în procedura judecării sumare și a acordat daune și cheltuieli de judecată. În apel, Curtea de al Nouălea Circuit a schimbat hotărârea de judecată sumară, pentru motivul imunității în justiție.²⁰¹

¹⁹⁷ Id. la 1038.

¹⁹⁸ Padilla v. Yoo, 678 F.3d 748 (9th Cir. 2012).

¹⁹⁹ Lebron v. Rumsfeld, 2012 U.S. App LEXIS * (4th Cir. 1/23/12).

²⁰⁰ In Re: National Security Agency Telecomm. Litigation [Al-Haramain v. Obama], 700 F. Supp. 2d 1182 (N.D. Cal. 2010).

²⁰¹ Al-Haramain Islamic Foundation Inc. v. Obama, 690 F.3d 1089 (9th Cir 2012).

4. Excepția „nevoilor speciale” – Legea supravegherii informative externe

*Legea supravegherii informative externe (FISA)*²⁰² a fost adoptată în 1978 „pentru a oferi autorizare și reglementare legislativă pentru toate tipurile de supraveghere electronică efectuate în Statele Unite ale Americii având scopuri de informare.”²⁰³ Originile sale și istoria sa ulterioară sunt mult prea complexe pentru a fi tratate în această scurtă discuție. Punctul important este că întreaga premisă pentru crearea unei instanțe secrete speciale este elementul numit doctrina „nevoi speciale”. Această doctrină creează o excepție de la al Patrulea Amendament, caz în care în mod normal ar necesita un mandat judecătoresc, înainte de începerea oricărui demers de supraveghere electronică (ascultare, interceptare e-mail, și altele în acest sens), care ar afecta cetățenii SUA. Al Patrulea Amendament protejează viața privată a „oamenilor”, care ar putea exclude cu ușurință guvernele străine și entitățile similare, dar ar putea include cetățenii străini pe perioada șederii în SUA. Prin urmare, „nevoile speciale” ale procesului de adunare de informații s-ar părea că se aplică, dacă se poate spune, numai la identificarea de agenți suspectați ca aparținând unor puteri străine, acesta fiind modul în care a fost construit statutul inițial.

Cea mai semnificativă diferență între un ordin judecătoresc FISA și un mandat obișnuit este că un mandat obișnuit

necesită demonstrarea unei cauze probabile că ținta supravegherii a comis sau este pe cale să comită un delict, în timp ce mandatele FISA inițial puteau să se bazeze pe cauza probabilă că ținta era un „agent al unei puteri străine”, care includea organizații politice străine. De la 9/11, FISA a fost modificată pentru a permite supravegherea oricărei persoane considerate a fi în afara Statelor Unite (ale căror conversații, desigur, ar putea include cetățeni americani rezidenți în USA). În prezent în lumina descoperirilor anului 2013 se poate afirma, ceea ce mulți oameni au crezut, că NSA, de fapt, a început colectarea de date electronice a milioane de cetățeni americani, fără nici o autorizație legală. Premisa de FISA a fost că un sistem de emitere de mandate judecătorești, pentru supravegherea electronică a informațiilor externe ar putea fi elaborat în concordanță cu cerința de caracter rezonabil al celui de Patrulea Amendament²⁰⁴.

FISA a creat o instanță specială compusă din judecători federali desemnați - Curtea de Supraveghere de Informații Externe (FISC) - care poate emite ordine de autorizare a supravegherii electronice în vederea adunării de informații externe. O modificare ulterioară a extins această autoritate în sensul de a emite ordine judecătorești în vederea efectuării de percheziții fizice cu scopul de aduna informații externe.²⁰⁵

Pe parcursul anilor, FISA a fost supusă la numeroase provocări/contestări, aproape toate fiind invocate de

²⁰² Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783, codified at 50 U.S.C. § 1801 et seq.

²⁰³ S. Rep. No. 95-701, at 9 (1978).

²⁰⁴ Având în vedere deviațiile de la doctrina convențională a celui de al Patrulea Amendament, prin urmare, au fost controlate în mod foarte riguros pentru a se asigura că procedurile stabilite în [FISA] sunt rezonabile în raport cu cerințele legitime de contrainformații externe și protejarea drepturilor cetățenilor. Rezonabilitate acestor mandate

depinde, în parte, pe o evaluare a dificultăților de investigare a activităților planificate, îndreptate, și sprijinite de peste hotare de către serviciile de informații străine și a grupurilor teroriste stabilite în străinătate. Alți factori includ responsabilitățile internaționale ale Statelor Unite, . . . și necesitatea de a menține secretul surselor și metodelor legale de contrainformații. Id.at.14-15

²⁰⁵ A se vedea Pub. L. 103-359, §§ 301-09 (1994), codified at 50 U.S.C. §§ 1821-24.

avocații inculpaților, dar numai unul s-a bucurat pentru scurt moment de succes.²⁰⁶ Într-un caz din 1984 care a implicat o tentativă din partea membrilor Armatei Republicane Irlandeze Provizorii de a cumpăra explozivi și rachete de la un informator FBI, judecătorii Curții din al Doilea Circuit au decis că procedurile FISA au fost „constituțional adecvate, echilibrând drepturile individului prevăzute în al Patrulea Amendament cu nevoia națiunii de a obține informații secrete externe.”²⁰⁷

Având acest proces de echilibrare în vedere, mai multe instanțe au avut de luptat cu ideea dacă „informațiile externe”, a trebuit să fie „scopul principal” al supravegherii. Instanța de Primul Circuit a declarat că „ancheta activității delictuale nu poate fi scopul principal al supravegherii”.²⁰⁸ Curtea de al Nouălea Circuit a refuzat să facă distincția între „scop și scop primar.... Refuzăm să efectuăm o distincție prea fină între investigațiile penale și cele pentru informații externe.”²⁰⁹

Aceste discuții despre cerința „scopului” au determinat Curtea FISA Pentru Revizuire, înainte de evenimentele 9/11, să aprobe practica Departamentului de Justiție în ridicarea unui „zid” între investigațiile penale și investigațiile cu obținerea de informații secrete. Intenția era că procedurile vagi ale FISA nu ar trebui să fie utilizate pentru cazurile penale ordinare. Acest „zid” a afectat eforturile de a examina computerul lui Zacarias Moussaoui, pretinsul „al 20-lea deturnător”, care au fost reținut înainte de 9/11. Raportul Comisiei 9/11 a descris modul în care agenții CIA și FBI, au

posedat piese ale puzzle-ului complotului, dar unii au avut nici un mijloc de asamblare a pieselor²¹⁰ și a susținut că eșecul de a face schimb de informații între agenții a dus la ratarea oportunităților de deșeurare a complotului înainte de finalizarea sa.²¹¹

Atacurile din 9/11 au determinat mult stres având în vedere eșecurile percepute ale „comunității de informații”. Dar nu există nici o modalitate de a ști cât de multe sute sau mii de alte piste similare cu cele din 9/11, care urmate, nu ar fi putut duce nicăieri. Dacă a fost un ac în carul cu fân nu înseamnă că sunt și multe altele. Cu toate acestea, USA Patriot Act - „Unirea și Consolidarea Americii prin Actul de Furnizare de Instrumente Adecvate Necesare Pentru a Intercepta și Obstrucționa Terorismul”²¹² - a fost adoptată la șase săptămâni după 9/11. El a servit în unele opinii ca un paratrăsnet pentru dezbateri, dar ar putea fi, de asemenea, văzută ca o perdea de fum pentru mai multe politici guvernamentale care nu au nimic de-a face cu legislația în sine (de exemplu, detențiile militare, metode dure de interogare, și extrădarea extraordinară). Având în vedere scopul prezentului material vom considera ca, impactul principal al PATRIOT fost de a modifica FISA în sensul de solicita ca colectarea de informații de Informații Externe să fie „un scop semnificativ” (mai degrabă decât „în scopul”) de supraveghere.²¹³

În august 2002, ACLU (*Uniunea Pentru Libertățile Americane*) și EPIC au depus o cerere Freedom of Information Act (Actul Pentru Libertatea Informației) (FOIA), pentru o varietate de documente

²⁰⁶ Mayfield v. United States, 504 F. Supp. 2d 1023 (D. Or. 2007), *rev'd on standing grounds*, 599 F.3d 964, 966 (9th Cir. 2010).

²⁰⁷ United States v. Duggan, 743 F.2d 59, 73 (2d Cir. 1984).

²⁰⁸ Johnson, 952 F.2d at 572.

²⁰⁹ Sarkissian, 841 F.2d at 965.

²¹⁰ A se vedea 9/11 COMMISSION REPORT la 266-77.

²¹¹ *Id.* la 353.

²¹² Pub. L. 107-56, 115 Stat. 272 (Oct. 26, 2001) [hereinafter PATRIOT Act].

²¹³ A se vedea *id.* la § 218 (codified at 50 U.S.C. §§ 1805(a)(6)(B), 1823(a)(6)(B)).

legate de utilizarea de către guvern a PATRIOT Act.²¹⁴ Cererea includea dezvăluirea arhivelor care conțin statistici agregate cu privire la cât de frecvent Ministerul Justiției a exercitat unele dintre noile sale competente de căutare și de supraveghere. Ministerul de Justiție a refuzat să divulge datele statistice agregate, invocând excluderea de informații de securitate națională din FOIA pentru informații „ținute secrete în interesul apărării naționale sau de politică externă”, în conformitate cu un ordin executiv.²¹⁵ Reclamanții au răspuns că excluderea FOIA din cauza securității naționale a fost eliminată odată cu schimbarea de direcție a FISA de la colectarea de informații la aplicarea legii și, prin urmare, dincolo de protecția ordinului executiv relevant cu privire la protejarea informațiilor secrete.

În opinia sa, instanța districtuală a recunoscut că „publicul are o dorință semnificativă și în întregime legitimă pentru această informație”, susținută de o argumente convingătoare a „reclamanților” că divulgarea acestei informații va ajuta la promovarea valorilor democratice și a responsabilizării guvernului.²¹⁶

Cu toate acestea, instanța a concluzionat că excluderea pe motiv de securitate națională aplicată, susținând preocuparea guvernului cu privire la daunele ce ar putea rezulta din divulgarea statisticilor în cauză.

Într-adevăr, statisticile care ar indica modul în care DOJ și-a repartizat resursele sale de contraspionaj, care evidențiază frecvența relativă cu care anumite instrumente de supraveghere au fost dislocate, și care arată cât de des au fost vizați cetățenii SUA pot fi, fără

îndoială, utile pentru cei care sunt ținta reală sau potențială a unei astfel de supravegheri, și ar putea submina, astfel, eficiența și eficacitatea unui astfel de supravegheri.²¹⁷

Ca urmare a modificării FISA care cerea ca Informațiile Externe să fie doar un scop semnificativ, mai degrabă decât scopul principal, de supraveghere,²¹⁸ Procurorul General a emis un memorandum în martie 2002 care să permită schimbul complet de informații între unitățile de aplicare a legii și cele de strângere de informații, precum și pentru a permite procurorilor de cazuri civile să se consulte cu și să sfătuiască oficialii pentru informații cu privire la supravegherile și căutările FISA. Aceste modificări au fost admisibile că Patriot Act „permite ca FISA să fie utilizată în principal în un scopul de aplicare a legii, atâta timp cât rămâne important și scopul de adunare de informații externe”.²¹⁹ Interpretată în acest mod Legea în esență a dărâmat zidul dintre adunarea de informații externe și urmărirea penală.

Într-un aviz unanim, Curtea FISA s-a împotrivit la ideea că urmărirea penală ar putea fi scopul principal al supravegherii în FISA și a respins noile proceduri. În opinia FISC, achiziția extinsă de informații referitoare la cetățenii SUA prin supravegheri secrete și căutări autorizate în conformitate cu FISA, coroborată cu competențele extinse de retenție și de schimb de informații cu procurorii de cazuri penale, cântărește foarte mult pe o parte a scalei și care ar trebui să se echilibreze pentru a se asigura că procedurile de minimizare propuse sunt „consistente” cu nevoia Statelor Unite ale

²¹⁴ A se vedea ACLU v. U.S. Dep't of Justice, 265 F. Supp. 2d 20 (D.D.C. 2003).

²¹⁵ 5 U.S.C. § 552(b)(1).

²¹⁶ *Id.* la 31.

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ 50 U.S.C. §§ 1804(7)(B), 1823(7)(B).

²¹⁹ Memorandum from John Ashcroft, U.S. Att'y Gen., Intelligence Sharing Procedures for Foreign Intelligence and Foreign Counterintelligence Investigations Conducted by the FBI (Mar. 6, 2002) (emphasis in original), available at <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fisa/ag030602.html>.

Americii de a obține, produce și difuza informații secrete străine.... [Noile] proceduri par a fi destinate să modifice legea și să înlocuiască Titlul III al FISA referitor la supravegheri electronice și [mandate de percheziție obișnuite]. Acest lucru se poate întâmpla, deoarece guvernul nu este în măsură să îndeplinească condițiile de fond ale acestor instrumente de aplicare a legii, sau pentru că poverile lor administrative sunt prea oneroase. În ambele cazuri, definiția FISA a procedurilor de minimizare nu s-a schimbat, iar aceste proceduri nu pot fi folosite de către guvern pentru a modifica [FISA] într-un mod în care congresul nu o face.²²⁰

În primul caz de la înființarea FISC, Curtea de Revizuire (FISCR) într-o decizie de *In Re Sealed Case* a casat decizia instanței inferioare cu privire la zidul de separare. FISCR a descris zidul ca o „falsă dihotomie” între colectarea de informații externe și investigație penală.²²¹ În opinia acesteia, în procesul de adunare de informații secrete externe sunt incluse dovezi de spionaj, sabotaj, terorism și alte infracțiuni; de asemenea, un cetățean SUA, care este un agent al unei puteri străine este în mod necesar implicat într-un comportament criminal. „Într-adevăr, este practic imposibil de a citi textul FISA din 1978 în sensul excluderii de la scopul acesteia și urmărirea penală a infracțiunilor care implica informații externe”.²²²

FISCR a remarcat că Curtea Supremă de Justiție în cazul *Keith* a abordat problematica supravegherii prin echilibrarea intereselor de confidențialitate guvernamentale și cele ale individului, sugerând că ar trebui să fie făcută o distincție între infracțiunile obișnuite și

cele de informații externe.²²³ Astfel, doctrina „nevoilor speciale” a oferit un punct de referință adecvat.

Distincția dintre urmărirea penală ordinară și situațiile extraordinare dovedesc faptul că Curtea Supremă de Justiție, a aprobat posibilitatea de căutare în întregime fără mandat și chiar numai pe baza suspiciunii, care sunt destinate să servească „nevoilor speciale ale guvernului, e, dincolo de nevoia normală de aplicare a legii” ...Scopul programatic general FISA, de a proteja națiunea împotriva teroriștilor și amenințărilor de spionaj regizate de puteri străine, are de la bun început un scop distinct, acela de „control al infracțiunilor obișnuite”. După evenimentele din 11 septembrie 2001, deși este greu de imaginat situații de urgență mai mari cu care s-ar putea confrunta americanii față de cele prezentate la acea dată.

Chiar și fără a lua în considerare autoritatea constituțională inerentă a președintelui de a efectua supravegheri pentru informații externe fără mandat, noi credem că procedurile și cererile guvernamentale necesare în temeiul FISA, chiar dacă acestea nu îndeplinesc standardele minime pentru emiterea de mandate impuse de reglementările celui de al Patrulea Amendament, cu siguranță, se apropie de acestea. Noi, prin urmare, credem cu tărie, din aplicarea testului comparativ rezultat din cazul *Keith*, că FISA este modificată constituțional, deoarece supravegherile pe care le autorizează sunt rezonabile.²²⁴

Câțiva ani mai târziu, un judecător al unui tribunal districtual din Oregon nu a fost de acord cu FISCR și a declarat ca schema FISA modificată ar fi o încălcare neconstituțională al celui de al Patrulea

²²⁰ *In re All Matters*, 218 F.Supp.2d la 622-23.

²²¹ *A se vedea United States v. Truong Dinh Hung*, 629 F.2d 908 (1980).

²²² *In re Sealed Case*, 310 F.3d la 723.

²²³ *A se vedea United States v. U.S. District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972).

²²⁴ *In re Sealed Case*, 310 F.3d la 745-46.

Amendament.²²⁵ Faptele cazului au fost destul de convingătoare: În urma bombardamentului de la metroul de la Madrid din 11 martie 2004, autoritățile spaniole au trimis la FBI o amprentă digitală de pe o pungă de plastic găsită în metrou. Amprenta a fost identificată ca aparținând lui Brandon Mayfield, un avocat din Oregon, fost ofițer al armatei SUA, și practicant al religiei musulmane. Ca urmare a identificării amprentei digitale, FBI-ul a solicitat și a primit un mandat FISA de a intercepta telefoanele lui Mayfield, de a plasa dispozitive de ascultare la domiciliul acestuia, și de a efectua căutări de tipul verificării fără a lăsa urme la domiciliul și la biroul acestuia. Mayfield a fost apoi arestat și deținut timp de mai mult de două săptămâni. În cele din urmă, el a fost eliberat după ce autoritățile spaniole au notificat FBI că au identificat amprenta ca fiind a unui algerian în pe care îl aveau în custodia lor.²²⁶ În 2006, Mayfield a primit scuze oficiale din partea guvernului și o despăgubire în valoare de 2 milioane dolari,²²⁷ care i-a permis să continue cu contestarea din punct de vedere constituțional al FISA.

În decizia pronunțată asupra acestei cereri, instanța districtuală descrie cum „o schimbare aparent minoră în formularea” - *de la scopul la un scop important* - are un efect profund asupra puterilor de stat reglementate de FISA.

Acum, pentru prima dată în istoria națiunii noastre, guvernul poate efectua acte de supraveghere cu scopul de a colecta probe pentru a fi utilizate într-un

dosar penal, fără a fi nevoie de mandat tradițional, atâta timp cât acesta prezintă o afirmație non-revizuibilă, prin care, de asemenea, se dovedește că există un interes semnificativ că persoana vizată ar avea scopuri de adunare de informații externe. De la adoptarea Cartei Drepturilor din 1791, guvernului i-a fost interzis strângerea de probe pentru a fi utilizate într-un dosar penal împotriva unui cetățean american într-o sală de judecată cu excepția cazului în care guvernul ar putea dovedi existența cu proba ca o infracțiune a fost comisă. Compromisul legislativ greu câștigat încorporat anterior în FISA a redus cerința de probare a infracțiunii cu excepția cazului în care era implicată în colectarea de informații de securitate națională. Patriot Act, care elimină în mod efectiv acest compromis prin permiterea puterii executive să nu țină cont de Al Patrulea Amendament în strângerea de probe în vederea unei urmăririi penale.²²⁸

Instanța districtuală a găsit aplicarea doctrinei FISCR a nevoii speciale de a fi una „fără fond”. După modificările aduse de Patriot Act, un ordin FISA nu trebuie să îndeplinească condițiile unei nevoi speciale alta decât cea de aplicare a legii ordinare. În schimb, un ordin ar putea servi același obiectiv ca și un mandat de percheziție, având ca ”scop programatic” generarea de probe în scopul aplicării legii - care este interzis fără o probă a comiterii infracțiunii și un mandat”²²⁹

Instanța Mayfield a subliniat faptul că ofițerii organului de urmărire penală pot obține un ordin de Titlu III sau un mandat

²²⁵ Mayfield v. United States, 504 F. Supp. 2d 1023 (D. Or. 2007).

²²⁶ Incidentul reprezintă un punct de referință pentru proba amprentelor, care, odată, fusese considerată infailibilă dar acum recunoscută ca una fragilă susceptibilă de eroare. A se vedea, e.g., STRENGTHENING FORENSIC SCIENCE IN THE UNITED STATES: A PATH FORWARD (2009);

Jennifer Mnookin, *The Achilles' Heel of Fingerprints*, WASH. POST, May 29, 2004, la A27.

²²⁷ A se vedea Dan Eggen, *U.S. Settles Suit Filed by Ore. Lawyer; \$2 Million Will Be Paid for Wrongful Arrest After Madrid Attack*, WASH. POST, Nov. 30, 2006, la A3.

²²⁸ *Mayfield*, 504 F. Supp. 2d la 1036-37.

²²⁹ *Id.* la 1042.

de percheziție tradițional pentru activitatea criminală suspectată descrisă de FISCR. „De peste 200 de ani, această națiune a aderat la statul de drept – cu un succes de neegalat”, încheie instanța decizia sa. „O schimbare către o națiune bazată pe o autoritate extra-constituțională este interzisă, și de asemenea nerecomandată”.²³⁰ După ce instanța districtuală a pronunțat decizia de judecată sumară a reclamantului, în ciuda acestor fapte, Curtea de al Nouălea Circuit a revocat această decizie, pe motiv că procesul Mayfield nu are bază legală având în vedere că a fost de acord și a primit despăgubiri”, și o hotărâre declarativă nu ar avea un impact probabil asupra lui sau a familiei sale”.²³¹ Și, deși cel puțin un judecător a declarat că „susține îngrijorările vizând faptul că standardul „scop semnificativ” încalcă Al Patrulea Amendament”²³². Opinia Mayfield a fost catalogată ca fiind una „singulară”²³³. Orice alt tribunal federal a confirmat FISA astfel cum a fost modificată prin Actul PATRIOT, de multe ori bazându-se pe raționamentul *In re Sealed Case*²³⁴

Astfel, cu excepția unui singur judecător în Oregon, instanțele au acceptat universal argumentul că FISA nu este supusă standardelor aplicabile pentru mandate de percheziție judiciare.

²³⁰ *Mayfield*, 504 F. Supp. 2d la 1042.

²³¹ *Mayfield v. United States*, 599 F.3d 964, 966 (9th Cir. 2010).

²³² *United States v. Warsame*, 547 F. Supp. 2d 982, 996 (D. Minn. 2008). Curtea în *Warsame* nu a tranșat problema, oricum aceasta reținând că scopul principal al supravegherii FISA era de a obține informații externe.

²³³ *United States v. Kashmiri*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 119470 (N.D. Ill. Nov. 10, 2010).

²³⁴ A se vedea , e.g., *United States v. Abu-Jihaad*, 630 F.3d 101, 120 (2d Cir. 2010) (culegere de practică). Pentru un argument în sensul că FISCR a interpretat eronat programul legal, a se vedea John E. Branch III, *Statutory Misinterpretation: The Foreign Intelligence Court of Review, s Interpretation of the “Significant Purpose”*

Motivația cea mai des folosită este că procesul de obținere de informații externe este diferit și dă naștere la „nevoi speciale” de supraveghere din partea guvernului. Este dificil, cu toate acestea, a se vedea ce este „special” la supravegherea presupuselor tentative de violență. Poate că aceste „nevoi speciale” s-ar putea aplica în cazul unor guverne străine sau entități politice, care nu fac parte din „oameni/cetățeni” care sunt protejați de Al Patrulea Amendament în orice caz. Astfel încât numai persoanele care intră în preocupările FISA într-adevăr sunt cetățeni străini din SUA pentru care guvernul are probe solide de a crede acționează ca agenți ai unei puteri străine. Astfel, întreaga premisă a FISA ca o „nevoie specială” ce este exceptată de la al patrulea amendament ar putea fi viciată chiar înainte de trecerea la „un scop important,” și cu siguranță greșită așa cum instanța din Oregon crezut că ar trebui să fie atunci când a relaxat standardele la „scopul principal” de aplicare a legii.

Încă o dată, ne găsim în prezența cazului când sistemului judiciar cedează în fața cerințelor puterii executive de a avea nevoi speciale care decurg din amenințarea cu violență, rezultând într-un eșec al controlului jurisdicțional și pierderea independenței judiciare.

Requirement of the Foreign Intelligence Surveillance Act, 81 N.C.L. REV. 2075 (2003). Într-o o rară academică aprobare a unor puteri investigative extinse s-a susținut că PATRIOT în mod adecvat a eliminat două bariere în cooperarea investigativă- impedimentul FISA și caracterul secret al importanței probe testimoniale – A se vedea Craig S. Lerner, *The USA PATRIOT Act: Promoting the Cooperation of Foreign Intelligence Gathering and Law Enforcement*, 11 GEO.MASON L. REV. 493, 495 (2003). Mai mult, cel puțin câțiva comentatori au susținut că FISA trebuie abandonată complet după opnia *In Sealed Case*. A se vedea, e.g., Nola K. Breglio, *Leaving FISA Behind: The Need To Return to Warrantless Foreign Intelligence Surveillance*, 113 YALE L.J. 179 (2003).

5. Calitate procesuală [supravegherea, uciderea urmărită]

Instanțele federale din SUA au o abordare mai degrabă mistică, eterică în ceea ce privește „locul special”, în separarea puterilor. O parte din mister este o doctrină numită „locus standi”, pe care l-am descris în altă parte, ca parte din mitologia Justițiabilității.²³⁵ Esența doctrinei este faptul că o persoană care nu este în măsură să demonstreze un prejudiciu efectuat de către o altă persoană nu poate avea nici o pretenție de drept împotriva celeilalte persoane. Misterul, în opinia mea, este motivul pentru care avem nevoie să irosim butoaie de cerneală și energie jurisprudențială pe un subiect care este unul de bază pentru toate legile – dacă tu nu m-ai rănit, nu am dreptul la acțiune împotriva ta.

Chiar și în acest caz, există două cazuri în care instanțele federale au închis ochii la ceea ce pare a fi abuzuri palpabile, fie din solidaritate fie prin amenințare. Acestea sunt cazurile de care s-au ocupat presupusa supraveghere ilegală efectuată de către Agenția Națională de Securitate (NSA), sub protecția Programului De Supraveghere A Teroristilor (TSP), și uciderea direcționată a unui cetățean american, Anwar al-Aulaqi.

a. Mi-au fost puse sub interceptare convorbirile?

În decembrie 2005, un articol din New York Times a dezvăluit existența a ceea ce a devenit cunoscut sub numele de „Programul de supraveghere a teroriștilor”

(TSP), în conformitate cu care „Președintele Bush a autorizat în secret Agenția Națională de Securitate de a trage cu urechea la cetățenii americani și nu numai pe teritoriul Statelor Unite pentru a căuta dovezi ale activităților teroriste fără a mai fi cerute mandatele-judiciare aprobate de instanțe care sunt necesare în mod obișnuit pentru spionajul intern”.²³⁶ Aparent, TSP a fost un element dintr-o colecție de activități clandestine de adunare de informații denumit în continuare „Programul De Supraveghere Al Președintelui”, incluzând alte părți ale programului care au rămas clasificate.²³⁷ După desfășurarea evenimentelor, am luat cunoștință de rapoarte ale proiectelor NSA numite Carnivore și PRISM. În mai 2013, Edward Snowden a devenit celebru prin dezvăluirea publică, a rapoartelor de colectare masivă a înregistrărilor telefonice și a e-mailurilor cetățenilor americani. Ca și cum cineva ar fi mai fost foarte surprins de aceste dezvăluiri, unii politicieni l-au numit un trădător și Guvernul a înaintat acuzații de spionaj împotriva lui.

În ianuarie 2007, Avocatul General a anunțat că „un judecător al Curții Supravegherii Informativ Externe a emis ordine de autorizare a Guvernului pentru a viza colectarea de comunicații dinspre sau înspre Statele Unite, acolo unde exista o cauză justă de a crede că unul dintre comunicanți este un membru sau agent al Al-Qaeda sau afiliat la o organizație teroristă”.²³⁸ FISA a fost

²³⁵ Wayne McCormack, *The Justiciability Myth*, 14 HAST. CON. 139 L.Q. 201 (1987),

²³⁶ James Risen & Eric Lichtblau, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts*, N.Y. TIMES, Dec. 16, 2005.

²³⁷ *A se vedea* Offices of Inspectors Gen. of the Dep't of Def., Dep't of Justice, Cent. Intelligence Agency, Nat'l Sec. Agency & Office of the Dir. of Nat'l Intelligence, *Unclassified Report on the President's Surveillance Program* (July 10, 2009) [hereinafter PSP Report]. Acest raport a fost impus de Foreign

Intelligence Surveillance Amendments Act of 2008, Pub. L. No. 110-261, § 301, 122 Stat. 2467.

²³⁸ Alberto R. Gonzales, to Sens. Patrick Leahy & Arlen Specter (Jan. 17, 2007), disponibil pe <http://fas.org/irp/agency/doj/fisa/ag011707.pdf>. See also Prepared Opening Remarks of Attorney General Alberto R. Gonzales, Justice Department Oversight Hearing of the Senate Judiciary Committee (Jan. 8, 2007), disponibil pe http://www.justice.gov/archives/ag/testimony/2007/ag_speech_070118.html.

modificată de către Congres în 2007 și 2008 pentru a oferi „autorizare temporară” de supraveghere în cazul în care o persoană a fost considerată în mod rezonabil ca fiind angajat într-o comunicare în afara teritoriului SUA.

O serie de procese au fost intentate contestând programul NSA. Un proces a fost pornit de către ACLU în numele unui grup de indivizi și grupuri care desfășoară în mod regulat comunicații telefonice internaționale și pe internet pentru motive profesionale legitime (de exemplu, jurnalism și practicarea dreptului). Un tribunal districtual din Michigan a admis cererea reclamanților „pentru o hotărâre care să constate că TSP a încălcat FISA, Primul și al Patrulea Amendament, precum și doctrina separării puterilor în stat.”²³⁹ În apel, Curtea de al Șaselea Circuit a constatat că reclamanții nu aveau calitatea procesuală pentru a susține această acțiune.²⁴⁰ Ei nu au putut demonstra că vreoa conversație a fost interceptată, și nici că reclamanții ar putea pretinde că vreun interes personal a fost lezată prin evitarea efectuării de conversații care ar putea fi monitorizate.²⁴¹ Judecătorul Gilman exprimat o opinie separată, pe motiv că avocații reclamanților au avut o obligație clară de a se abține de la comunicarea cu clienții

atunci când aceste comunicări erau susceptibile de a fi interceptate, și, astfel, ei au fost în măsura să demonstreze un prejudiciu cognoscibil din amenințarea cu interceptare. Vorbind pe fond, judecătorul Gilman a susținut că TSP a fost ilegală, deoarece „formularea clară a FISA și titlului III că aceste statute oferă” mijloacele exclusive „pentru ca guvernul să se angajeze în supravegherea electronică în interiorul teritoriului Statelor Unite ale Americii pentru obținerea de informații secrete.”²⁴²

În același timp, Fundația Al-Haramain și doi dintre avocații săi au formulat o acțiune similară împotriva guvernului la o instanță districtuală a Statului Oregon. Al-Haramain este o organizație de caritate musulmană care a fost clasificată ca fiind „Declarată Special Ca Terorist Global”, de către Ministerul de Finanțe prin Oficiul de Control Al Activelor Străine, care a înghețat activele organizației fapt care a dus la imposibilitatea de a face afaceri cu aceasta din partea celorlalți. La un moment dat, guvernul a dezvăluit din greșeală un document „top secret”, prin care s-a dovedit că organizația Al-Haramain a fost supusă unei supravegheri fără mandat și a determinat o cerere suplimentară pentru supraveghere ilegală. Guvernul a încercat să respingă cazul prin invocarea privilegiului secretului

²³⁹ A se vedea ACLU v. NSA, 438 F. Supp. 2d 754 (E.D. Mich. 2006).

²⁴⁰ ACLU v. NSA, 493 F.3d 644 (6th Cir. 2007).

²⁴¹ Id. la 656-57

Prin abținerea de la comunicații (de exemplu, un comportament potențial dăunător), reclamanții au negat orice posibilitate ca NSA să poată intercepta, comunicațiile lor și prin urmare, au evitat un prejudiciu anticipat, - aceasta este o hotărâre declarativă tipică și perfect admisibilă. Dar, propunând doar daunele care rezulta din acest refuz de a se angaja în comunicații (de exemplu, incapacitatea de a-si exercita profesiile lor, fără greutate și cheltuieli suplimentare), ei au încercat să înlocuiască un prejudiciu speculativ insuficient, cu un prejudiciu care pare a fi în mod suficient iminent și concret, dar care este doar incidental, la

presupusul lor prejudiciu (de exemplu, comportamentul NSA)

²⁴² ACLU v. NSA, 493 F.3d la 656-57:

Prin abținerea de la comunicații (de exemplu, un comportament potențial dăunător), reclamanții au negat orice posibilitate ca NSA să poată intercepta, comunicațiile lor și prin urmare, au evitat un prejudiciu anticipat, - aceasta este o hotărâre declarativă tipică și perfect admisibilă. Dar, propunând doar daunele care rezulta din acest refuz de a se angaja în comunicații (de exemplu, incapacitatea de a-si exercita profesiile lor, fără greutate și cheltuieli suplimentare), ei au încercat să înlocuiască un prejudiciu speculativ insuficient, cu un prejudiciu care pare a fi suficient de iminent și concret, dar care este doar incidental la presupusul lor prejudiciu (de exemplu, comportamentul NSA)

de stat, pe care judecătoria l-a înlăturat pe motiv că existența TSP nu mai este un secret, și că „nu este adus nici un rău pentru securitatea națională în cazul în care reclamantii sunt în măsură să dovedească subiectul general al dezbaterii, și anume că aceștia au fost supuși supravegherii, așa după cum a fost dezvăluit în documentul secret, „atât timp cât nici o altă informație din acest document nu a fost dezvăluită.”²⁴³

Curtea din al Nouălea Circuit a admis cererea guvernului de reexaminare incidentală a problemei secretelor de stat,²⁴⁴ considerând că dezvăluiri publice despre TSP- au devoalat liniile generale ale programului, și astfel, privilegiul secretelor de stat nu exclude procesul în întregime. Cu toate acestea, documentul ultra secret a fost protejat de acest privilegiu, iar reclamantilor nu le va fi permis să îl introducă în procesul lor, ca probă. Deși se crede că reclamantii nu ar fi putut stabili calitatea procesuală, fără acel document, Curtea de al Nouălea Circuit a trimis cauza spre rejudecare la instanța districtuală pentru a determina dacă s-ar putea ca FISA să acopere privilegiile secretului de stat. La cerere, instanța districtuală, initial, a decis că FISA ar fi, în fapt, capabilă să acopere privilegiile secretelor de stat, și că o despăgubire poate fi admisă doar în cazul în care cineva este considerat ca fiind „parte vătămată”, în conformitate cu statutul acesteia.²⁴⁵

Reclamantii au fost capabili să se bazeze pe anunțuri publice ale oficialilor

guvernamentali și ale rapoartelor de presă care stau la dispoziția publicului pentru a constitui un caz *prima facie*, pe baza unor informații non-clasificate, pentru a demonstra că sunt părți prejudiciate ca urmare a interceptărilor telefonice și e-mail, efectuate fără a exista mandate emise de către instanțe.²⁴⁶ După multă recalitrantă din partea Guvernului, judecătoria a dispus:²⁴⁷

Reclamantii au trecut de faza procesuală de *prima facie* iar inculpaților le-au fost oferite oportunități multiple pentru a demonstra că a existat un mandat, inclusiv respingând în mod special metoda creată în special de Congres pentru acest scop. Faptul că inculpații posedă exclusivitatea asupra informațiilor respectiv dacă a fost sau nu a fost obținut un mandat FISA, în plus, creează preocupări grave privind echitabilitatea prin care inculpații trebuie să fie obligați să mai conteste că un mandat ar fi existat ci, dimpotrivă, trebuie să fie considerat că au recunoscut că nu a existat nici un mandat. Instanța stabilește acum [că] în sensul prezentului litigiu, nu a existat nici un astfel de mandat pentru supravegherea electronică a niciunui dintre reclamantii.²⁴⁸

Nefiind nici o problemă reală de fapt material, judecătoria de district a decis acordarea de judecată sumară, pentru reclamantii, și mai târziu le-a acordat aproximativ 41.000 dolari în daune și peste 2,5 milioane de dolari din taxe și cheltuieli.²⁴⁹

²⁴³ Al-Haramain Islamic Foundation, Inc. v. Bush, 451 F.Supp.2d 1215, 1224 (D. Or. 2006).

²⁴⁴ Al-Haramain Islamic Foundation, Inc. v. Bush, 507 F.3d 1190 (9th Cir. 2007).

²⁴⁵ In re National Security Agency Telecommunications Records Litigation (In re NSA Telecom Litigation [Al-Haramain v. Bush]), 564 F.Supp.2d 1109, 1134 (N.D. Cal. 2008). Curtea districtuală a reținut că 50 U.S.C. § 1810 conține o implicat renunțare la imunitatea suveranității. *Id.* la 1125.

²⁴⁶ In re NSA Telecom Litigation [Al-Haramain

v. Bush], 595 F.Supp.2d 1077, 1083-86 (N.D. Cal. 2008).

²⁴⁷ In re NSA Telecom Litigation [Al-Haramain v. Obama], 700 F.Supp.2d 1182, 1196 (N.D. Cal. 2010).

²⁴⁸ *Id.* la 1197.

²⁴⁹ *A se vedea* In re NSA Telecom Litigation [Al-Haramain 153 v. Obama], Judgment, MDL Docket No 06-1791 VRW, Case No C 07-0109 VRW (N.D. Cal. Dec. 22, 2010), disponibil pe <https://www.eff.org/sites/default/files/filenode/att/alharamainorder122110.pdf>.

Întreaga sumă a mers către avocații reclamanților, având în vedere că „distribuirea de fonduri către reclamantul Al-Haramain este imposibilă, deoarece activele Al-Haramain sunt blocate ca urmare a desemnării sale ca fiind o organizație SDGT „.²⁵⁰ Într-adevăr, instanța districtuală a recunoscut că „guvernul a avut motive să creadă că Al-Haramain a sprijinit acte de terorism”.²⁵¹ În ultimul episod din acest litigiu de lungă durată, Curtea de al Noulea Circuit a decis că Guvernul beneficiază de o imunitate absolută față de orice acțiune de pretindere de daune din partea organizației.²⁵²

Un alt număr mare de procese a susținut că societățile de telecomunicații au încălcat drepturile clienților lor prin cooperarea și asistența acordată de NSA în supravegherea telefoanelor.²⁵³ Acțiunile s-au consolidat ca parte a unui panou de litigii multidistrictual în nordul Californiei. În timp ce cazurile lor așteptau să fie judecate de către instanțe, Congresul a adoptat o prevedere legală conferind imunitate față de procese, furnizorilor de comunicații electronice în cazul în care și numai atunci când Avocatul General a certificat faptul ca furnizorul a ajutat guvernul în colectarea de informații secrete, inclusiv în cazul

asistenței în executarea TSP.²⁵⁴ Pe baza acestei prevederi, curtea districtuală a respins procesele în curs împotriva companiilor de telecomunicații.²⁵⁵ În apel Curtea de al Nouălea Circuit a decis respingerea unei serii de argumente constituționale, multe legate, inclusiv, de doctrina separației puterilor în stat și a unui proces echitabil.²⁵⁶

Dar, într-o altă opinie, în aceeași zi, Curtea de al Nouălea Circuit a permis ca un proces cu reprezentare colectivă să continue împotriva guvernului pentru ceea ce reclamanții au descris ca fiind „un năvod al comunicațiilor cetățenilor americani de rând”.²⁵⁷ Potrivit instanței, reclamanții au motivat acțiunea ca fiind întemeiată pe un prejudiciu concret și particularizat provocat de colaborarea dintre guvern și AT&T printr-o unitate specifică, situată în San Francisco. Și, deși pretențiile „lovesc în centrul unei controversă publice majore care implică siguranța și sistemele naționale de supraveghere”, Curtea celui de al Nouălea Circuit a refuzat să caracterizeze cauza legală ca fiind o problemă cu implicare politică, sau să impună o ridicare a exigențelor standardelor de acceptare a supravegheților efectuate de către guvern care implică interesele de securitate națională.²⁵⁸ Traectoria pe

²⁵⁰ *Id.* la 14.

²⁵¹ *Id.* la 25.

²⁵² *Al-Haramain Islamic Foundation Inc. v. Obama*, 690 F.3d 1089 (9th Cir 2012).

²⁵³ Among the litigants was Pulitzer Prize-winning author Studs Terkel. See *Terkel v. AT&T Corp.*, 441 F. Supp.2d 899 (N.D. Ill. 2006); cf. STUDES TERKEL, THE GOOD WAR: AN ORAL HISTORY OF WORLD WAR II (1984).

²⁵⁴ A se vedea 50 U.S.C. §§ 1885a-1885c.

²⁵⁵ In re NSA Telecom Litigation [*Hepting v. AT&T Corp.*], 633 F. Supp. 2d 949 (N.D. Cal. 2009); In re NSA Telecom Litigation [*McMurray v. Verizon Communications, Inc.*], 2009 U.S. Dist. LEXIS 64621 (N.D. Cal. July 27, 2009).

²⁵⁶ A se vedea *Hepting v. AT&T Corp.*, 671 F.3d at 894-904. See also In re NSA Telecom Litigation [*McMurray v. Verizon Communications, Inc.*], 669

F.3d 928 (9th Cir. 2011) (respingând al Cincilea amendament)

²⁵⁷ A se vedea *Jewel v. NSA*, 673 F.3d 902, 905 (Al Nouălea CIR. 2011). Reclamanții au susținut că, [folosind o rețea ascunsă de dispozitive de supraveghere, Acuzatii au dobândit și continuă să achiziționeze conținutul unei parti semnificative a apelurilor telefonice, e-mailurilor, mesajelor instantane, mesajelor text, comunicatiilor pe web și a altor comunicații atât internaționale cat și interne, practic a fiecarui cetatean american care utilizează sistemul de telefonie sau internetul, inclzand reclamanții și membrii aceluiași grup, într-o acțiune de spionare fără motive de suspiciune fără precedent prin rețele de comunicații ale națiunii. *Id.* at 906.

²⁵⁸ Curtea supremă a negat *certiorari*. H 162 epting v. At&T Corp., 2012 U.S. LEXIS 8053 (U.S., Oct. 9, 2012)

care acest caz o va avea, acum după dezvăluirile făcute de Snowden, rămâne a fi urmărită, dar cel puțin Curtea de al Nouălea Circuit s-a dovedit a fi excepția, care s-a ridicat împotriva unora dintre abuzurile Guvernului.

Amendamentele la Legea FISA din 2008 (FAA) au continuat să autorizeze interceptările care implică părți din afara teritoriului SUA, dar a stipulat că guvernul nu poate efectua supravegherea electronică sau să intercepteze comunicațiile telefonice sau comunicațiile electronice, cu excepția cazului în care este emisă o autorizare statutorie expresă (de exemplu, FISA).²⁵⁹ Această declarație de autoritate exclusivă ar fi trebuit să dezamorseze argumentul Executivului de discreție nelimitată, dar, desigur, acum avem declarații publice de admitere a colectării de către guvern a unor masive date de comunicații electronice.

ACLU a depus plângere împotriva FAA în numele unui grup de avocați, jurnaliști, și de organizații juridice, mass-media, și pentru apărarea drepturilor omului, argumentând că această dispoziție „permite executivului autoritatea zdrobitoare și practic nereglementată pentru a monitoriza toate comunicațiile internaționale... a cetățenilor și rezidenților de bună credință din SUA”.²⁶⁰ Tribunalul districtual a acordat decizia de judecată sumară, în favoarea guvernului, pe motiv că reclamații nu au motivat suficient acțiunea intentată.²⁶¹ În apel, un complet de judecată al Curții de al Doilea Circuit a revocat și a infirmat decizia,²⁶² afirmând că reclamanții au motive întemeiate de pentru inițierea procesului, bazat pe o teamă rezonabilă că conținutul

sensibil al comunicațiilor lor electronice internaționale ar fi monitorizat, obligându-i să se angajeze în măsuri costisitoare și greoaie de protejare a confidențialității comunicațiilor lor necesare pentru desfășurarea activităților. În septembrie 2011, Curtea de al Doilea Circuit a respins reexaminarea *en banc* cu un vot divizat în mod egal.²⁶³

În februarie 2013, Curtea Supremă a revocat decizia pe motive de neîndeplinire a exigențelor legale,²⁶⁴ susținând punctul de vedere al Guvernului și anume că reclamanții nu au reușit să demonstreze existența unei amenințări reale a unui prejudiciu iminent. Speculațiile lor depind de presupunerea că guvernul ar viza comunicațiile lor, că ar fi obținut o autorizare în conformitate cu **statutul** care ar fi aprobată judiciar și că guvernul va reuși să dobândească comunicațiile lor. Mai mult decât atât, alegerile lor de a face cheltuieli pentru a preveni interceptarea comunicațiilor lor cu conținut confidențial bazate pe ipotetice prejudicii viitoare a fost alegerea lor și nu rezultatul direct al unei acțiuni guvernamentale identificabile.

Desigur, acum știm că ipotezele Curții Supreme de Justiție cu privire la autorizarea judiciară a interceptărilor au fost nefondată având în vedere că NSA a monitorizat tot ceea ce a crezut de cuviință. Acest set de ipoteze a fost deosebit de pregnant în unele dintre opiniile separate din anteriorul refuz de rejudecare al Curții de al Doilea Circuit. Una dintre acele opinii diferite a subliniat că opinia FISCR în *In re Directives* oferă „o frântură din lumea reală procesului de vizare a informațiilor externe, „care „ pare destul de diferit de cel presupus de către reclamanți. „....

²⁵⁹ A se vedea 50 U.S.C. § 1812.

²⁶⁰ Amnesty International USA v. McConnell, No. 08 CIV 6259, Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, at 1 (July 10, 2008).

²⁶¹ A se vedea Amnesty International USA v. McConnell, 646 F.Supp.2d 633 (S.D.N.Y. 2009).

²⁶² A se vedea Amnesty International USA v. Clapper, 638 F.3d 118 (2d Cir. 2011).

²⁶³ A se vedea Amnesty International USA v. Clapper, 667 F.3d 163 (2d Cir. 2011).

²⁶⁴ Clapper v. Amnesty Int'l USA, 133 S. Ct. 1138 (2013).

[FISCR] a revizuit procedurile actuale adoptate de către executiv pentru a satisface cerințele de PAA și a constatat că acestea, de fapt, au condus „la protecții mai mari și dincolo de cele specificate”, în statut și au înlăturat în mod adecvat orice cauză de îngrijorare particularizată sau probabilă. O astfel de supraveghere strictă răstoarnă orice ipoteze generale, nesuținute de fapte concrete, că executivul ar fi abuzat în mod instinctiv de capacitatea sa de spionare discretă în conformitate cu FAA”.²⁶⁵

Acum, că este cunoscut în mod public faptul că NSA a efectuat colectări de informații de în mod obișnuit, asupra rezidenților din SUA, afirmația statutului că „respinge orice presupunere generală, nesuținută de fapte specifice, că executivul ar fi abuzat în mod instinctiv de capacitatea sa de spionare discretă „sună a fi lipsită de conținut. Acest lucru nu trebuie înțeles în sensul că judecătorii care au susținut acest punct de vedere au fost cu bună știință implicați în abuzuri guvernamentale, dar cu siguranță au ales în mod conștient să închidă ochii atunci când colegii lor au insistat pe un control al practicilor guvernamentale actuale.

b. Controlul judiciar al uciderii cetățenilor americani

Cazul final pe care doresc să îl evidențiez aici este „Asasinarea specifică” a lui Anwar Al-Aulaqi, un cetățean american care s-a repatriat în Yemen și a devenit o figură jihadistă importantă pe internet. Atunci când s-a aflat în presă că Anwar al-Awlaki a fost pus pe listele de suprimare ale guvernului SUA, tatăl lui Nasser al-Awlaki a intentat proces pentru a-și valorifica drepturile fiului său la un proces echitabil. În motivarea cauzei, de

asemenea, a afirmat că politica de ucidere vizată a Statelor Unite a încălcat al Patrulea și al Cincilea Amendament, precum și tratatele și dreptul internațional cutumiar. În timp ce pentru a cerea un ordin pentru a opri guvernul de la uciderea fiului său, el a solicitat, de asemenea, o recunoaștere judiciară în sensul că această politică era ilegală și deconspirarea criteriilor utilizate pentru a determina vizarea unui cetățean american.²⁶⁶

Curtea districtuală din DC a început cu observațiile că acest „caz unic și extraordinar „a relevat „întrebări puternice și uimitoare”, cum ar fi: „Cum este posibil să fie necesară aprobarea judiciară, atunci când Statele Unite decide să vizeze un cetățean american de peste hotare pentru a efectua supravegherea electronică, dar care, în conformitate cu declarațiile inculpaților, este interzis în cazul în care Statele Unite decide să vizeze un cetățean american de peste hotare în vederea asasinării”?²⁶⁷

Cu toate acestea, instanța de judecată a respins cazul, considerând că Nasser al-Awlaki nu avea calitatea procesuală pentru a formula cererile constituționale în numele fiului său. Instanța, de asemenea, orbește a afirmat că nu exista nici un motiv care l-ar fi împiedicat pe Anwar al-Awlaki să se prezinte în mod pașnic personal la Ambasada SUA din Yemen și să își anunțe dorința de a-și apăra drepturile sale constituționale în instanță, care, având în vedere implicarea unei chestiuni de drept intern și internațional, Guvernul SUA ar trebui să o respecte, fără a recurge la violență. Mai mult decât atât, nu a fost clar dacă tatăl celui vizat îi reprezenta fiul său „interesele în mod corespunzător”, înțeles în sensul ca a

²⁶⁵ *Clapper*, 667 F.3d la 186 (Raggi, J., dissenting).

²⁶⁶ A se vedea Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, at 9-11, *Al-Aulaqi v. Obama*, 1:10-cv-01469 (Aug. 30, 2010), disponibil la http://www.aclu.org/files/assets/alaulaqi_v_obama_complaint_0.pdf [hereinafter *Al-Aulaqi Complaint*].

²⁶⁷ *Al-Aulaqi v. Obama*, 727 F. Supp.2d 1, 8 (D.D.C 2010).

acționat în conformitate cu intențiile și dorințele lui Anwar al-Awlaki. Nu a existat nici o dovadă că Awlaki ar fi vrut să își apere drepturile sale într-un tribunal din SUA; dimpotrivă, declarațiile sale publice arată disprețul față de sistemul juridic american, precum și credința că musulmanii nu sunt obligați să respecte legile occidentale și că în opinia sa era permis să încalce legislația Statelor Unite.

Mai mult decât atât, cererile lui Nasser al-Awlaki ar putea fi respinse având în vedere imunitatea absolută, deoarece un proces împotriva președintelui, secretarului Apărării și directorului CIA ar fi echivalent cu un proces împotriva Statelor Unite. În partea de decizie care prezintă, cel mai izbitor, problemele de independență judiciară, instanța de judecată a refuzat să decidă asupra acestei probleme prin exercitarea competenței sale de „discreție echitabilă”, în vederea evitării implicării sale în probleme sensibile de afaceri externe și activități ale comunității militare și de informații externe. Motive serioase de îngrijorare privind separarea puterilor în stat s-ar fi ridicat în cazul unei încercări judiciare de ordonare a președintelui în sensul îndeplinirii atribuțiilor sale oficiale. Același lucru ar fi valabil în cazul unui ordin judecătoresc care să acorde decizie declarativă și reparatorie împotriva consilierilor militari superiori și de informații ai națiunii în ceea ce privește utilizarea forței în străinătate, în cazul în care o asemenea acțiune (se presupune că) a fost autorizată de către Președinte însuși.

În cele din urmă, într-un mod similar, Curtea a concluzionat că cazul a fost o chestiune politică non-justificabilă. Această doctrină excepta de la controlul judiciar

acele probleme care erau stabilite de către Constituția Statelor Unite puterilor politice, inclusiv problema specificată în acest caz - decizia de a angaja forțele militare. În conformitate cu decizia Curții, soluționarea pretențiilor reclamantului ar determina o decizie în sensul stabilirii de către aceasta:

(1) natura exactă și gradul afilierii Anwar Al Aulaqi-ului cu AQAP;

(2) Dacă AQAP și al-Qaida sunt atât de strâns legate încât asasinarea avizată a lui Anwar Al-Aulaqi în Yemen s-ar încadra în actualul context al conflictului armat al Statelor Unite cu al-Qaida;

(3) Dacă (Presupunând că standardul legal oferit reclamantului este aplicabil)²⁶⁸ presupusa activitate teroristă a lui Anwar Al-Aulaqi îl încadrează ca fiind o amenințare concretă, specifică, și iminentă la viața sau integritatea fizică; și

(4) dacă există măsuri, altele decât cele ale forței letale pe care Statele Unite le-ar putea angaja în mod rezonabil pentru a aborda orice amenințare pe care Anwar Al-Aulaqi ar putea să o constituie pentru interesele de securitate națională SUA. Aceste circumstanțe, la rândul lor, ar impune acestei Curți... să înțeleagă și să evalueze capacitățile pretensei operațiuni teroriste de a efectua atacuri reale, care ar fi răspunsul adecvat pentru a aborda această amenințare, eventualele considerente diplomatice care pot rezulta din astfel de răspunsuri, vulnerabilitatea potențialelor ținte pe care presupusul terorist riscă să le lovească, disponibilitatea opțiunilor militare și non-militare, și riscurile pentru personalul militar și non-militar în încercarea de aplicare a forței non-letale.²⁶⁹

²⁶⁸ Standardul invocat în motivația apărării de către Anwar al-Aulaqi era asasinatelor avizate în afara unui conflict armat, cu excepția cazului în care o persoană “prezintă o amenințare concretă, specifică, și iminentă a vieții sau siguranței fizice,

și nu există alte mijloace decât forța letală care în mod rezonabil ar trebui folosită pentru neutralizarea amenințării. Al-Aulaqi Complaint, supra, la 11

²⁶⁹ *Id.* la 46.

Acesta este cu adevărat un mister, de ce un tribunal ar trebui să decidă cu privire la oricare dintre aceste întrebări și să se pronunțe cu privire la faptul dacă un cetățean SUA în străinătate are dreptul la un proces echitabil sau alte drepturi legale înainte de a fi executat prin măsuri administrative. Instanța și-a mărturisit îngrijorarea cu privire la faptul că „există circumstanțe în care decizia unilaterală a Executivului de a ucide un cetățean american în străinătate este „responsabilitatea Constituțională a puterilor politice și nu este supusă controlului judiciar”²⁷⁰, dar cu toate acestea în concluzie se poate spune că i-a fost refuzat dreptul la judecarea pe fond a cauzei.

Statele Unite au utilizat de asemenea aeronave aeriene fără pilot (drone) pentru a executa nu doar pe Anwar dar și pe fiul său Abdulrahman și pe un coleg, Samir Khan. În iulie 2012, ACLU a inițiat o nouă acțiune în instanță în numele celor trei familii argumentând că uciderea lor a încălcat interdicția celui de-al Patrulea Amendament la confiscări nerezonabile, dreptul garantat de-al Cincilea Amendament la un proces echitabil, și a Clauzei Privării de Drepturi și de Proprietate.²⁷¹ În plus, ACLU a depus o cerere FOIA (Acțiune de Recunoaștere a Dreptului la Informare) și o acțiune ulterioară în justiție căutând probe în relaționare cu autoritatea legală și temeiul faptelor ce vizează asasinarea dorită a celor trei persoane.²⁷²

Într-o descriere magistrală a diferitelor doctrine menționate în acest articol, Departamentul de Justiție la 14 decembrie 2012, a depus o moțiune de respingere²⁷³ a acțiunii în constatarea de prejudiciu, cu argumentul lipsei de motivație legală, al chestiunii politice, al imunității calificate, al lipsei depunerii unei cereri care respectă procedurile legale, al imunității executivului față de Clauza de privare de drepturi civile.²⁷⁴

C. Independența Justiției și Dreptul Internațional

1. Cerința judecării fără control guvernamental

După cum s-a afirmat de la bun început, standardele Mt. Scopus cer ca „în exercitarea funcției sale judiciare, un judecător nu este supus față de nimic, în afară de lege și comandamentele conștiinței sale”. În plus, faptul că judecătorii „ar trebui să beneficieze de libertate neîngrădită de a decide imparțial cazurile, în conformitate cu conștiința lor și cu interpretarea faptelor, și în conformitate cu normele de drept în vigoare”. Declarația de la Montreal din 1983 subliniază în mai multe moduri importanța statului de drept și a procesului echitabil.²⁷⁵

Nu am nici o îndoială că nici Justiția nici judecătorul nu au primit o presiune *ex parte* sau instrucțiuni de la un anumit membru al Guvernului SUA. Cred cu tărie ca un judecător ce respecta articolului III - ar striga „fault”, la cel mai mic indiciu de

²⁷⁰ *Id.* la 51.

²⁷¹ A se vedea Al-Aulaqi v. Panetta, <http://www.aclu.org/national-security/al-aulaqi-v-panetta>.

²⁷² A se vedea ACLU v. U.S. Department of Justice, http://www.aclu.org/files/assets/tk_foia_complaint.pdf.

²⁷³ http://www.aclu.org/files/assets/tk_govt_motion_to_dismiss.pdf

²⁷⁴ Proiectul de lege cu clauza de privare de drepturi civile și de proprietate, U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 3, interzice ca orice “lege care determină legislativ vinovăția și decide pedepsirea unei persoane identificabilă fără furnizarea protecției prin intermediul unui proces judiciar. Selective Service

System v. Minnesota Public Interest Research Group, 468 U.S. 841, 846-47 (1984)

²⁷⁵ 1.03 Judecătorii și instanțele de judecată trebuie să fie libere în exercitarea atribuțiilor lor de a se asigura că regulile de drept sunt respectate și să nu admită influențe din partea nici unui guvern sau altă autoritate externă asupra staturilor lor și intereselor justiției internaționale.

1.05 Judecătorii se bucură de libertatea de gândire și, în exercitarea funcțiilor lor, trebuie să evite să fie influențați de alte condiții decât cele ale considerentelor justiției internaționale

1.08 Judecătorii vor promova principiul de proces echitabil ca fiind o parte integrantă a independenței justiției.

intervenție din partea Executivului. Pe de altă parte, judecătorii sunt și ei oameni și le pac prietenii. Unele dintre faptele descrise aici indică faptul că a fost adoptată o poziție foarte pro-guvernamentală în situațiile în care judecătorul ar fi putut fi mult mai ferm în afirmarea drepturilor individului. Eșecul de a susține pentru cel fără putere, este ceea ce mă preocupă pe mine, având în vedere rolul instanțelor și pierderea independenței lor judiciare.

2. Precedentul de la Nüremberg

În cele din urmă, mă simt obligat să întreb - cu toată reticența necesară - dacă vreun judecător al Statelor Unite a încălcat standardele penale internaționale prin cedarea multora din responsabilitățile sale către executiv? Este greu de evitat să ajungem la concluzia că au fost comise infracțiuni de către Puterea Executivă în numele apărării securității naționale. Mulți observatori au cerut urmărirea penală a liderilor cum ar fi Dick Cheney, Donald Rumsfeld și John Yoo. (Ei, de obicei, sunt acuzați de către detractorii de „crime de război”, dar cele mai multe dintre infracțiuni cum ar fi tortura și detenția extra-judiciară au avut loc în afara oricărui context identificabil al războiului și ar trebui încadrate pe temeiul dreptului intern comun.)

Întrebarea care se pune este dacă judecătorii care au refuzat acordarea de ajutor împotriva acțiunilor ilicite ale oficialilor guvernamentali ar putea fi acuzați de comportament infracțional? Cel mai remarcabil precedent, desigur, este Hotărârea Judecătorească²⁷⁶ a Tribunalului Militar din Nuremberg.

Statele Unite ale Americii au convocat un tribunal militar cu scopul de a urmări în justiție 16 judecători acuzați de a fi fost complici la crimele împotriva umanității comise de către regimul nazist.²⁷⁷ Mai exact, ei au fost acuzați de participarea la „proiectarea sau conspirația comună” a persecuției rasiale. Potrivit rechizitoriului,

5. A fost o parte a așa-zisului proiect comun, de conspirație, de planuire, și acțiune în susținere, emiteră, aplicare, și punere în aplicare anumitor pretinse statute, decrete și ordine, care erau fost nelegale, atât în concepție cât și în execuție, precum și colaborarea cu Gestapo, SS, SD, Sipo, și RSHA în scopuri infracționale, pe parcursul căreia inculpaților, prin denaturarea și negarea procesului judiciar penal, au comis crime, brutalități, cruzimi, torturi, atrocități, și alte acte inumane.

7. Anteriorul scop comun, conspirație, planuire și de folosire a procesului judiciar ca o puternică armă pentru persecuția și exterminarea tuturor oponentilor regimului nazist, indiferent de naționalitate și pentru persecuția și exterminarea „rasială”.

Dovezi în acest caz a fost adunate pe o perioadă de 11 luni și a dus la o transcriere a 10.000 pagini cu sute de documente scrise, împreună cu mărturii orale. În esență, 10 dintre judecătorii au fost găsiți ca având un rol activ în evenimentele Holocaustului, unii în elaborarea legislației prin acordarea de puteri speciale regimului, unii prin înlocuirea judecătorilor care nu se supuneau, iar unii prin emiteră de condamnări la moarte care au fost în mod

²⁷⁶ Biblioteca Congresului site-ul conține într-un singur volum toate actele de procedură, procesul-verbal, și opiniile judiciare. http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf

²⁷⁷ *A se vedea generally* INGO MULLER, HITLER'S JUSTICE (1991). Acest proces a servit ca model pentru versiunea ficțională a filmului

Procesul de la Nuremberg. În particular, filmul explorează dilema etică a judecătorului care stă în biroul său și condamnă anumite persoane la moarte pentru că el consideră că demisia sa ar conduce la numirea unui adherent mult mai brutal al regimului. Acest caracter a fost reprezentat de judecătorul Schlegelberger.

evident nejustificate de probele aduse în cazurile individuale. Cel mai interesant aspect al cazului a implicat rolul judecătorului Schlegelberger, un membru foarte important al Magistraturii, care „a fost pus la conducerea Ministerului de Justiției al Reich-ului în calitate de secretar administrativ de stat”, dar în cele din urmă a demisionat. El a declarat că a găsit de multe ori cererile Partidului Nazist ca fiind „dificile”, dar au existat dovezi că „Hitler a încercat în cel mai bun caz să îl recompenseze pe Schlegelberger pentru serviciile bune și credincioase prestate, prin intermediul unora dintre ele Schlegelberger a comis crime de război și crime împotriva umanității așa cum a fost acuzat în rechizitoriu „

Ca un exemplu al sprijinului său acordat regimului în scopul ignorării principiului suveranității Statului de Drept, instanța de judecată a citat un discurs în care Schlegelberger a declarat:

În sfera dreptului penal drumul spre o creație de justiție în armonie cu conceptele morale ale New Reich-ului a fost deschis de o nouă formulare a secțiunii 2 din Codul penal, prin care o persoană, de asemenea, poate să fie pedepsită, chiar dacă fapta sa nu se pedepsește conform legii, dar dacă el merită pedeapsa, în conformitate cu conceptele de bază ale dreptului penal și instinctele poporului. Această nouă definiție a devenit necesară din cauza rigidității normei valabile până în prezent.

Tribunalul a consemnat următoarele în apărarea lui:

Schlegelberger prezintă o apărare interesantă, care este, de asemenea, susținută, în oarecare măsură de cei mai mulți dintre inculpați. El afirmă că administrația judiciară a fost sub un atac persistent din partea lui Himmler și ai altor susținători ai statului polițienesc. Acesta este un lucru adevărat. El susține că în cazul în care funcțiile de administrare a justiției ar fi fost uzurpate de către forțele

anarhice sub comanda lui Hitler și Himmler, noua stare a națiunii ar fi fost mai rea decât prima. El se teme că, dacă el ar fi fost să demisioneze, un om mai rău îi va fi luat locul. Așa cum au dovedit-o evenimentele ulterioare, există mult adevăr în acest lucru, de asemenea. Sub Thierack poliția a uzurpat funcțiile de administrare a justiției și a ucis mii de evrei și deținuți politici. La o analiză această pretenție plauzibilă de apărare nu cadrează nici cu adevărul nici cu logica sau cu circumstanțele.

Dovezile arată în mod concludent că, în scopul de a menține Ministerul Justiției în grațiile lui Hitler și pentru a preveni cedarea totală în fața poliției lui Himmler, Schlegelberger și ceilalți inculpați care au aderat la această cerere de justificare, au preluat treburile murdare pe care liderii statului le-au cerut, și au folosit Ministerului Justiției ca un mijloc pentru exterminarea populației poloneze și evreiești, terorizând locuitorii țărilor ocupate și distrugând opoziția politică din acestea. Că programul lor de exterminare rasială sub masca de lege nu a reușit să atingă proporțiile care au fost atinse de pogromuri, deportări și crimele în masă de către poliție, este o consolare în van pentru supraviețuitorii procesului „judiciar”, și constituie o scuză slabă în fața acestui tribunal. Prostituația sistemului judiciar pentru realizarea scopurilor criminale implică un element de subminare a statului de drept care nu se găsește în atrocitățile fătășe care nu pătează robele judiciare.

Schlegelberger a demisionat. Cruzimile sistemului pe care el l-a ajutat să se dezvolte au fost prea mult pentru el, dar el a demisionat prea târziu. Prejudiciul a fost făcut. În cazul în care sistemul judiciar ar putea ucide miile lor, de ce nu ar putea și poliția ucide zecile lor de mii? Consecințele de care Schlegelberger se teme s-au realizat. Poliția, ajutată de Thierack a câștigat.

Schlegelbergcr a eșuat. Nedreptățile sale ezitante nu au mai satisfăcut urgentele cerințe ale momentului. El a cedat presiunii. În ciuda a tot ce a făcut el încă poartă o reputație nemeritată ca fiind ultimul dintre juriștii germani și cu toate acestea Hitler i-a dat binecuvântarea sa și 100.000 de RM ca un cadou de despărțire. Nu consideram că ne găsim în cazul unei neînțelegeri. Schlegelberger este un personaj tragic. El a iubit viața de intelectual, activitatea de savant. Noi credem că el ura răul pe care l-a făcut, dar el si-a vândut acel intelect și erudiția pe care o avea lui Hitler, pentru o masă de ciorbă politică și o speranță deșartă a securității personale. El este vinovat [de crime de război și crime împotriva umanității].

Aceasta este o judecată aspră susținută de măsuri dure. În SUA din ultimul deceniu, în ciuda torturii, detențiilor nejustificate, supravegherii neautorizate, asasinatelor avizate, ar fi dificil de a găsi un judecător care a participat la „prostituția unui sistem judiciar pentru realizarea de scopuri criminale”. Unii judecători au închis ochii la nedreptățile afișate în fața lor. Unul dintre cele mai proaste exemple, ar fi probabil judecătorul Wilkinson, care a conferit competențe necuvenite Executivului. Și cel puțin unul în genul judecătorului Scalia, a întins limitele decentului, atunci când el a acuzat pe colegii săi de „vor cauza uciderea mai multor americani”.²⁷⁸

Cred că putem trage concluzia că exemplele de supunere și toleranță la nedreptățile dovedite ale judecătorii americani în ultimul deceniu, nu poate fi clasificat ca un comportament criminal în

conformitate cu standardele de drept, fie interne sau internaționale. Nu există nici un indiciu că vreun judecător a condamnat o persoană la moarte sau închisoare fără mandat, și nici că vreun judecător a fost direct implicat în acordarea de competențe executive excesive.²⁷⁹ Cel mult se poate spune este că mulți judecători nu au reușit să stea ferm împotriva încălcării rolului lor tradițional de control judiciar. Eu nu văd asta ca o violare a standardelor penale.

D. Concluzie

„Cu capul în nisip” este atitudinea justiției americane în ultimul deceniu ce reprezintă un record destul de sumbru, care nu se încadrează în standardul ridicat pentru independența judiciară pe care publicul american a ajuns să se bazeze. Mulți autori au discutat aceste cazuri din perspectiva drepturilor și libertăților civile ale individului. Ceea ce am încercat să fac aici este de a schița modul în care deferența excesivă în fața Executivului în „timp de criză”, a subminat rolul independent al sistemului judiciar.

Mulți autori, inclusiv critici ai administrației Bush, care sunt acum figuri proeminente în administrația Obama și desfășoară aceleași politici, s-au uitat la aceste probleme din punct de vedere a drepturilor și libertăților civile a cetățenilor. Am ales să iau în considerare acțiunile guvernamentale din punctul de vedere al doctriinelor prin care sistemul judiciar a reușit să întoarcă privirea de la abuzurile celor două administrații. Tortura, detențiile executive, supravegherea ilegală, iar acum uciderea cetățenilor americani, toate au scăpat controlului jurisdicțional sub o varietate de scuze.

²⁷⁸ ABA Code of Judicial Conduct, Canon 3(A)(3): Un judecător trebuie să fie răbdător, demn, respectuos și politicos cu justițiabilii, jurații, martorii, apărătorii și alții cu care judecătorul comunică în cadrul activității sale oficiale.

²⁷⁹ Judecătorul Bybee de la Curtea de al Nouălea circuit a semnat infamul memorandum Yoo înainte de a fi numit. A existat o înțelegere politică pentru obținerea semnăturii sale? Probabil nimic în mod vizibil, ci doar obișnuita favoare a politicilor Washington-ului.

Pentru a fi clar, mulți dintre cei împotriva cărora aceste abuzuri au fost îndreptate sunt, sau au fost, foarte periculoși, dacă nu chiar persoane malefice. Lui Khalid Sheikh Muhamed și lui Anwar al-Aulaqi nu trebuie să le fie permis să hoinărească liber pentru a omoară civili nevinovați. Dar sute de ani de istorie arată faptul că există modalități de a te ocupa de asemenea oameni în limitele impuse de guvernământ fără a apela la aroganța și lipsa de demnitate a necenzuratei libertăți a Executivului. Închiderea ochilor a multora, dacă nu chiar a tuturor judecătorilor federali este un capitol al acestei istorii care va cântări greu împotriva noastră în viitor.

Pentru a repeta ceea ce am spus mai devreme despre atitudinea unui judecător, nu este nimic „nou” în uciderea oamenilor nevinovați pentru răzbunare religioasă sau politică. Această violență a fost întotdeauna cu noi și va continua,

din păcate, în ciuda eforturilor noastre de a o stopa. Motivele pentru a da mâna liberă Executivului sunt exact ceea ce istoria titlului *a habeas corpus* a elaborat pentru a le evita²⁸⁰, și despre ceea ce în multe din prevederile din diversele declarații ale drepturilor omului este vorba. Calea necenzuratei libertăți a Executivului este calea către tiranie.

**Traducere și adaptare realizate de
Victor Constantinescu,
judecător, Judecătoria Sectorului 6
București
și
Vasile Bozeșan,
judecător, Judecătoria Alexandria**

Nota redacției: Articolul a fost publicat inițial în 71 Wash. & Lee L. Rev. 305 (2014), Revista Forumul Judecătorilor primind permisiunea autorului și a revistei americane în vederea republicării exclusive a studiului în România, în limba română.

²⁸⁰ Infama Cameră Britanică a Stelei a fost abandonată în 1641. Aceasta reprezenta un amestec a "judecătorilor" și "consilierilor secreți", care dezbăteau cazuri în secret și tratau în mare

parte cu crime politice. Deși a început ca un mod aparent necesar pentru a face față acuzațiilor împotriva persoanelor influente, a devenit o sursă majoră de opresiune de către monarhie.