

La prison de Guantanamo : réflexions juridiques sur une zone de « non-droit »

Par Wanda Mastor

Professeur à l'Université de Limoges

Membre de l'Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques

« Vous m'avez une fois demandé, dit O'Brian, ce qui se trouvait dans la salle 101. Je vous ai répondu que vous le saviez déjà. Tout le monde le sait. Ce qui se trouve dans la salle 101, c'est la pire chose qui soit au monde (...). Dans votre cas, il se trouve que la pire du monde, ce sont les rats », GEORGE ORWEL, 1984, Partie III, chapitre V.

«You would like to place Zubaydah in a cramped confinement box with an insect. You have informed us that he appears to have a fear of insects », *Memorandum for John A. Rizzo*, Central Intelligence Agency, rendu public le 16 avril 2009.

Au commencement était une œuvre remarquable, ce souvenir de champ de bataille traditionnellement présenté comme à l'origine de la codification de la protection des victimes des conflits armés : « Autrichiens et alliés se foulent aux pieds, s'entretuent sur des cadavres sanglants, s'assomment à coups de crosse, se brisent le crâne, s'éventrent avec le sabre ou la baïonnette ; il n'y a plus de quartier, c'est une boucherie, un combat de bêtes féroces, furieuses et ivres de sang ; les blessés même se défendent jusqu'à la dernière extrémité, celui qui n'a plus d'armes saisit à la gorge son adversaire qu'il déchire avec ses dents »¹. Après la description de la bataille de Solferino, Jean-Henry Dunant lance cet appel si poignant qui ne sera pas vain : « Il y a donc là un appel à adresser, une supplique à présenter aux hommes de tout pays et de tout rang, aux puissants de ce monde comme aux plus modestes artisans, puisque tous peuvent, d'une manière ou d'une autre, chacun dans sa sphère et selon ses forces, concourir en quelque mesure à cette bonne œuvre »².

« Humaniser la guerre » est un oxymore qu'ont souhaité dépasser les signataires des conventions de Genève en lui donnant une consistance juridique. Le droit de la guerre s'est ainsi progressivement doublé du droit humanitaire, la convention de La Haye évoquant déjà en 1899 « les intérêts de l'humanité et les exigences toujours progressives de la civilisation ».

¹ J-H. DUNANT, *Un souvenir de Solferino*, Imprimerie de Jules Fick, Genève, 1863, p. 17.

² *Ibid.*, p. 164.

Même si le second est présenté traditionnellement comme étant contenu dans les conventions de Genève de 1949, les préoccupations humanitaires sont anciennes et se manifestent au travers de formules étonnamment contemporaines. En 2009, que reste-t-il de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 en vertu de laquelle « les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité » ? Arracher des aveux à un « présumé coupable » en simulant sa noyade (technique dite du *Waterboarding*), l'obliger à se mettre à quatre pattes nu devant des chiens d'attaque, l'humilier en mimant des scènes sexuelles incompatibles avec ses convictions intimes : que sont devenues les « exigences de l'humanité » ? Et lorsque c'est la plus grande démocratie du monde qui inflige ces tortures, même au nom de la lutte contre un fléau à échelle mondiale, comment les organisations internationales doivent-elles réagir ? Les événements du 11 septembre 2001, dont l'horreur a été amplifiée par une médiatisation universelle pratiquement en temps réel, ont traumatisé les Etats-Unis. Au nom d'une légitime défense au sens très « étiré »³, le pays a riposté dans l'urgence, avec tout l'émoi, les difficultés, les inévitables « manquements » que cette situation engendre fatalement. Il est aisé de constater que la réponse juridique aux attaques, cristallisée notamment dans le très liberticide *USA PATRIOT Act*⁴, est disproportionnée⁵. Elle pourrait être résumée dans ces

³ J. VERHOEVEN, « les "étirements" de la légitime défense », *cette revue*, vol. XLVIII, 2002, pp. 49-80.

⁴ Acronyme signifiant « *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* ». Nous nous permettons de renvoyer à notre étude, « L'état d'exception aux Etats-Unis: le *USA PATRIOT Act* et autres violations "en règle" de la Constitution », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 2008, n°6, pp. 61-69, dont une version actualisée est à paraître dans *l'Annuaire International de justice Constitutionnelle*.

⁵ Il faut rappeler que la remise en cause des libertés en période de crise n'est pas une première aux Etats-Unis. Sous la présidence de John Adams, dans un contexte de guerre, l'*Alien and Sedition Act* de 1798 punissait quiconque dont les écrits étaient de nature à nuire à l'exécutif. Plus d'une vingtaine de personnes furent arrêtées sous l'empire de cette loi jusqu'à ce que Thomas Jefferson l'abroge en 1801. C'est également la liberté d'expression qui fut mise à mal par le *Sedition Act* de 1918, amendement à la loi sur l'espionnage (*The Espionage Act of 1917*) qui permettait au gouvernement d'engager des poursuites contre ceux qui critiquaient la guerre. Ces lois ont donné l'occasion à la Cour suprême de justifier ces entorses au Premier Amendement de la Constitution en temps de guerre. Des militants furent poursuivis pour avoir distribué des tracts exhortant les jeunes recrues à ne pas partir combattre en Europe. Dans l'arrêt *Schenk v. United States* de 1919 (249 US 47 1919), la Cour a estimé que « La question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec un tel sens qu'ils créent un danger manifeste et pressant (*clear and present danger*) de nature à engendrer des maux que le Congrès est en droit de prévenir. C'est une question d'urgence et de degré. Bien des choses qui pourraient être dites en temps de paix s'avèrent en temps de guerre compromettre à ce point les efforts de la nation qu'il devient impossible d'en tolérer l'expression pendant la durée des combats » (Cité in E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 2000, p. 362). C'est également au nom de ce « danger manifeste et pressant » que la Cour valida en 1951 l'*Alien Registration Act*, qui permettait au gouvernement de poursuivre les militants ou simples sympathisants communistes : « Le renversement par la force et la violence du gouvernement constitue sans aucun doute un intérêt suffisamment important pour que le gouvernement limite la liberté d'expression » (*Dennis v. United States* 341 US 494, 1951, cité in *ibid.*, p. 556). Doivent encore être citées parmi les dispositions liberticides la décision du Président Lincoln de suspendre les recours d'*habeas corpus* pendant la guerre civile ou l'*Executive Order* du Président Roosevelt de 1941, mesure ouvertement fondée sur la race ayant pour objet de maintenir les Japonais dans des camps d'internement et jugée constitutionnelle par la Cour suprême dans le tristement célèbre arrêt *Korematsu v. United States* (323 US 214, 1944).

propos tenus par un éditorialiste du *New York Times* : « *Fight terror as if there were no rules* »...⁶. Parler de réaction « disproportionnée » peut sembler indécent envers les victimes new-yorkaises. L'observateur étranger doit se garder de tout jugement moralisateur, surtout quand son propre pays, au sujet de problématiques similaires, n'est pas à l'abri de toute critique –en existe-t-il un seul au monde qui le soit ?-. L'amalgame doit être soigneusement évité, mais le juriste français qui raisonne sur le camp de Guantanamo ne peut s'empêcher de repenser à Rivesaltes, Bias, Sainte-Livrade-sur-Lot, Sangatte, et, plus près de nous, à la « jungle de Calais »⁷. Il faut se souvenir du traitement des « indésirables » de la République (Alsaciens, nomades, clochards et filles de « mauvais vie », indigènes des colonies françaises), ou encore des vaincus de la guerre d'Espagne « accueillis » par le gouvernement Daladier en 1939 –en réalité, parqués dans le camp d'Argelès-⁸.

Les attaques du 11 septembre, date désormais anachronique, vont servir à justifier la guerre que George W. Bush entend mener contre « l'Axe du Mal »⁹, slogan d'un manichéisme troublant qui n'est pas sans rappeler « l'axe Rome-Berlin » désignant les pays fidèles à l'Allemagne nazie durant la seconde guerre mondiale. Le lendemain des attentats, le Conseil de sécurité des Nations-Unies adopte une résolution condamnant les attaques ; la plupart des chefs d'Etat réagissent vivement, dans des termes à forte connotation belliqueuse. Aussi les Nations-Unies appellent-elles « la communauté internationale à redoubler d'efforts pour prévenir et éliminer les actes terroristes (...) »¹⁰ et se déclarent-elles prêtes « à prendre toutes les mesures nécessaires pour répondre aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 et pour combattre le terrorisme sous toutes ses formes (...) »¹¹.

L'adoption par l'administration Bush, aidée par un Congrès aveuglément solidaire, d'un arsenal de mesures antiterroristes est d'autant plus inédite qu'elle s'accompagne dans le même temps d'une guerre sur le terrain : l'Afghanistan, siège opérationnel d'Al Quaida, puis

⁶ T. FRIEDMAN, cité in N. STROSSEN, « Maintaining Human Rights in a Time of terrorism », *New York Law School Journal of Human Rights*, n°19, 2003, p. 3.

⁷ Voy. O. LE COUR GRANDMAISON, G. LHUILIE ET J. VALLUY, *Le retour des camps ?*, Autrement, collection Frontières, 2007, 210 p. Ce qui est frappant en France, c'est la discontinuité qui caractérise la justification des internements : logiques d'exception, d'exclusion, de déportation et d'extermination. Voy. D. PESCHANSKI, *La France des camps. L'internement, 1938-1946*, Gallimard, 2002, 549 p.

⁸ Voy. Les très belles photos de M. MOROS, *Février 1939. La Retirada dans l'objectif de Manuel Moros*, éditions Mare Nostrum, 2008.

⁹ Discours sur l'état de l'Union du 29 décembre 2002. L'expression fut de toute évidence créée par le rédacteur des discours de George Bush, David Frum.

¹⁰ Point n°4 de la résolution 1368 adoptée le 12 septembre 2001.

¹¹ Point n°5 de la résolution 1368 adoptée le 12 septembre 2001.

l'Irak quelques temps plus tard sont envahis¹². L'illustration la plus concrète de ce que certains ont qualifié de « mentalité de guerre »¹³ est sans aucun doute les lieux dans lesquels ont été ou sont encore détenus les « participants »¹⁴ à cette guerre d'un genre nouveau. Les images des prisonniers ont choqué –certains diront moins, d'autres plus ou autant- que celles des victimes du 11 septembre. Parmi ces multiples lieux de détention (Abou Grahib et Bucca en Irak, Bagram et Kandahar en Afghanistan, sans parler des bases secrètes –*undisclosed locations*- de la CIA¹⁵), Guantanamo restera à jamais le symbole de la supériorité d'un objectif sur les moyens. George Bush, relayé par la grande majorité des medias américains de l'époque, n'a eu de cesse de le répéter : il faut combattre le terrorisme par tous les moyens, et la « noblesse » de cette lutte qui n'est pas sans rappeler le concept de « guerre juste »¹⁶ éclipse certaines préoccupations qui deviennent dès lors secondaires : le respect du droit international humanitaire et de la Constitution des Etats-Unis. L'administration Bush a géré les détenus de Guantanamo au mépris de ces règles, malgré l'inquiétude affichée de certaines organisations internationales (non gouvernementales notamment) et des juridictions américaines. Le statut, et par là-même le traitement des prisonniers, aujourd'hui au nombre de 240 sur le site cubain, a évolué au fil d'un dialogue –souvent de sourds- entre l'exécutif américain et certains « contre-pouvoirs ». Les actes d'hostilité ont été poussés « à l'infini » pour reprendre le mot de Pufendorf qui écrivait également qu'« il n'est pas toujours injuste de rendre plus de mal qu'on n'en a reçu »¹⁷... (I).

Le début du mandat du nouveau président des Etats-Unis, Barack Obama, a été marqué par la signature de plusieurs décrets relatifs à des sujets hautement symboliques qui avaient été au cœur de sa campagne électorale. Le 22 janvier 2009, quelques jours seulement après sa prestation de serment, la volonté de rompre avec l'administration précédente se traduit par la signature d'un *Executive Order* ordonnant la fermeture de la prison de

¹² Les articles de doctrine consacrés aux événements du 11 septembre et à leurs suites sont innombrables. Pour une synthèse du déroulement des opérations militaires, voy. Notamment M. POULAIN, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites. Quelques points de repères », *cette revue*, vol. XLVIII, 2002, pp. 27-48.

¹³ « La nouvelle loi reflète l'esprit d'état de guerre qui règne aux Etats-Unis, ou, si l'on veut, le nouvel ordre mondial selon Bush, basé sur une certitude absolue d'être dans le vrai », M. LIKIN, « Le *PATRIOT Act* et la mentalité de guerre aux Etats-Unis », *Hommes et Libertés* n°131, juil/août/sept. 2005, p. 31.

¹⁴ C'est de manière volontaire que nous évitons pour l'instant le terme de « combattants ».

¹⁵ D'après des sources journalistiques, La Grande-Bretagne, le Maroc, la Pologne, la Roumanie, la Syrie, la Jordanie, l'Irak, l'Ouzbékistan, l'Afghanistan, le Pakistan, le Qatar, l'Arabie Saoudite et le Yémen hébergent ou ont hébergé des prisons secrètes, voy. Notamment *Le Figaro* des 24 et 25 janvier 2009, « Obama ferme les prisons secrètes de la CIA ».

¹⁶ C'est l'occasion de relire H. GROTIUS, *Droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, 1729, et S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens* (1672), trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, 1750 et, dans un autre registre, mais tout aussi éclairant, SUN TZU, *L'art de la guerre*, trad. J. Lévi, Hachette, collection Philosophie, 2000, 328 p. Pour la littérature la plus récente relative à la guerre juste, voy. J. SAADA et C. NADEAU, *Guerre juste, guerre injuste*, PUF, collection Philosophies, 2009, 160 p.

¹⁷ S. PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, VIII, VI, §7.

Guantanamo¹⁸. La fermeture annoncée, encore controversée, de cette zone de « non-droit »¹⁹ - qui, en réalité, était parfaitement légale aux yeux de ses promoteurs- marque le retour du règne de la règle de droit. Les Américains connaissent bien cet adage qui les rendait si fiers autrefois : *No one is above the law* (II).

I. L'ouverture de la prison de Guantanamo ou la défaite du droit

Toute l'argumentation de l'administration Bush, souvent verbalisée par le secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld, repose sur un présupposé que l'écrasante majorité des Américains tient alors pour vrai : tous les moyens seront bons pour lutter contre le terrorisme. Le pays est en guerre, et peu importe que l'ennemi ne soit pas nommément identifié... Il faut avoir à l'esprit que la plupart des citoyens qui ont voté pour Barack Obama, qui prennent aujourd'hui du recul par rapport à la politique de George Bush, en étaient solidaires à l'époque des attaques. Cette remarque vaut également pour la communauté des universitaires : les articles de doctrine dénonçant les manipulations du droit international humanitaire, sont somme toute assez récents -et rares-. Guantanamo n'est que l'outil d'une stratégie guerrière qui pose dès le départ de redoutables problèmes de conformité avec le droit des conflits armés (A.). Le terme même de « guerre » n'étant ici pas adapté, c'est logiquement que les incertitudes vont également entourer la question du statut des prisonniers (B.).

A. L'objectif : « Combattre le Mal »

« Volonté de puissance »²⁰ pour reprendre le célèbre mot de Nietzsche et affirmation de toute-puissance sont deux choses bien distinctes. Bon nombre de commentateurs ont dénoncé l'hégémonie américaine dans la conduite de cette « guerre » peu respectueuse des règles de droit, voire totalement méprisante à leur égard. La tentation est grande d'analyser les discours de George Bush, aussi lyriques qu'épiques, sous un angle psychanalytique. La toute-puissance est une névrose obsessionnelle ; celui qui prétend en être le détenteur est persuadé d'avoir une emprise totale sur le monde extérieur, emprise, qui, tout en glorifiant son Moi, en fait une sorte de Dieu surpuissant. Surtout, le tout-puissant, ou plus exactement celui qui

¹⁸ *Review and disposition of individuals detained at the Guantanamo Bay naval base and closure of detention facilities*, [http://www.whitehouse.gov/the_press_office/ClosureOfGuantanamoDetentionFacilities/].

¹⁹ Le juge anglais Steyn Johan parle de « trou noir juridique », voy. « Le trou noir juridique de Guantanamo », *Le Monde* du 10 décembre 2003, pp. 1 et 4.

²⁰ F. NIETZSCHE, *Par delà le bien et le mal, prélude d'une philosophie de l'avenir*, 1886, §259.

s'autoproclame comme tel, fait fi de ceux qui les entourent, dont la volonté n'a aucune incidence sur le cours des choses. Le sentiment de toute-puissance est un précurseur du délire de grandeur... Les paroles de George Bush et ses implications sont particulièrement troublantes quand on les examine de ce point de vue. Elles posent surtout de redoutables problèmes de compatibilité avec le droit international humanitaire.

1. Des discours aux actes

Ces discours, à commencer par celui prononcé dès le 12 septembre 2001, sont sans ambiguïté : « Les attaques délibérées et meurtrières qui ont été perpétrées (...) contre notre pays étaient plus que des actes de terrorisme, *c'était des actes de guerre* »²¹. A guerre d'un genre nouveau²², ennemi d'un genre nouveau : « Le peuple américain doit savoir que nous faisons face à un ennemi différent de tous ceux qui nous ont combattus. Il se cache dans l'ombre et n'a aucun respect pour la vie humaine ». Ce discours se ferme sur une formule aux accents bibliques qui sera largement reprise, tel un slogan universel : « L'Amérique est unie. Les pays épris de liberté sont à nos côtés. *Ce sera un combat monumental du Mal contre le Bien. Mais le Bien l'emportera* ». Les Etats-Unis, en la personne de leur président, annoncent clairement les moyens qui seront employés pour parvenir à la victoire : « Notre riposte devra être dévastatrice, prolongée et efficace »²³. L'aspect « universalisant » du conflit naissant apparaît avec éclat lors du discours prononcé le 20 septembre suivant devant les deux chambres réunies du Congrès. Citant le Psaume n°23, George Bush commence à dessiner les contours du bloc du mal : « Nous ne ferons aucune distinction entre les terroristes qui ont perpétré ces actions et ceux qui les protègent ». Les liens de conformité avec les règles du droit des conflits armés se distendent considérablement... La charge émotionnelle des discours du président de l'époque permet de comprendre l'importance de la réceptivité des Américains. Le chef de l'exécutif s'est employé à diviser la nation américaine entre ceux qui étaient patriotes et ceux qui ne l'étaient pas, comme en témoignaient notamment les affiches exhortant les citoyens à « signaler toute activité suspecte ». Ce patriotisme interne s'est traduit à l'extérieur par une vision manichéenne du monde divisé en deux camps : « Soit vous êtes avec nous, soit vous êtes contre nous ». Or « lutter contre le terrorisme impose de réduire le

²¹ Discours prononcé le 12 septembre devant le conseil de sécurité. Sauf indication contraire, toutes les traductions ont été établies par nos soins.

²² George Bush reviendra souvent sur la nature atypique de cette guerre : « Il s'agit d'un type de conflit nouveau, contre un ennemi d'une nature différente », discours prononcé le 15 septembre 2001 à l'issue d'un conseil de guerre.

²³ *Ibid.*

niveau de la terreur, pas de l'accroître »²⁴. Lors des élections présidentielles de 2004, le peuple américain a pourtant renouvelé sa confiance à un président qui avait fait de la « guerre contre la terreur » une priorité. Ces discours politiques, fortement emprunts du manichéisme religieux, vont vite s'accompagner de traductions juridiques.

Le 14 septembre, George Bush déclare l'état d'urgence nationale²⁵ (*Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks*) et signe un *Executive Order* soumettant les forces armées de réserve à un régime d'activité²⁶. Le président réagit aussi rapidement que l'avait fait Franklin Roosevelt au lendemain de l'attaque « surprise » de Pearl Harbor le 7 décembre 1941. Ce dernier avait alors demandé immédiatement au Congrès l'autorisation de déclarer la guerre au Japon impérial ; George Bush passe par la même habilitation constitutionnelle, mais pour déclarer cette fois la guerre à un ennemi non clairement identifié : le « mal », la « terreur », les « terroristes ». La Constitution des Etats-Unis, contrairement à la plupart des Constitutions européennes qui ont, dans un certain sens, « constitutionnalisé » la lutte contre le terrorisme, ne prévoit pas l'application d'un quelconque régime d'exception. La norme suprême ne fait pas mention de la réserve de loi en matière d'éventuelles limitations aux droits fondamentaux que nécessiterait l'adoption de mesures exceptionnelles. Le silence de la Constitution ne signifie pas interdiction : implicitement, l'article 1, section 9 habilite le Congrès à prendre de telles mesures pour restaurer l'ordre : « [...] Le privilège de l'ordonnance de l'*habeas corpus* ne pourra être suspendu, sauf dans les cas de rébellion ou d'invasion, si la sécurité publique l'exige. [...] ». Le 18 septembre 2001, le Congrès autorise le chef de l'exécutif à faire usage de « toute force nécessaire et appropriée »²⁷ à l'encontre de cet « empire du mal » pour reprendre le mot de Ronald Reagan servant alors à désigner l'Union Soviétique. Dans les jours qui vont suivre, un corpus de 342 pages va être élaboré sous la surveillance de son plus grand promoteur, John Ashcroft, alors *Attorney General* assisté du professeur de droit constitutionnel Viêt Dinh²⁸. Les 24 et 25 octobre 2001, la Chambre des représentants puis le Sénat adoptent à une

²⁴ N. CHOMSKY, « Terrorisme, l'arme des puissants », *Le Monde diplomatique*, décembre 2001, p. 11.

²⁵ *Proclamation 7463* du 14 septembre 2001.

²⁶ *Executive Order 13223* du 14 septembre 2001.

²⁷ « Toute force appropriée et nécessaire contre les nations, organisations ou personnes qui auraient selon lui organisé, autorisé, exécuté ou soutenu les attaques terroristes du 11 septembre 2001, ou hébergé ces personnes, afin de prévenir toute action future de terrorisme international contre les Etats-Unis par ces nations, organisations ou personnes », *Authorization for use of Military Force*, 18 septembre 2001.

²⁸ A qui les pamphlets les plus récents attribuent la paternité du *PATRIOT Act* : voir R. HARVEY et H. VOLAT, *USA PATRIOT Act, de l'exception à la règle*, Paris, Editions Lignes et Manifestes, 2006, notamment pp. 42-53, « John Ashcroft, superpatriote ».

écrasante majorité²⁹ la loi présentée sous l'acronyme *USA PATRIOT Act*, promulguée par le Président le 26. Le débat public n'a quasiment pas existé, pas plus que les discussions au sein même du Congrès, à une période où les alertes à l'anthrax occupaient les esprits. La réaction est donc politique, juridique, et militaire.

2. « Un type de conflit nouveau »

L'expression est de George Bush lui-même, qui ajoute « contre un ennemi d'une nature différente »³⁰. La « guerre contre la terreur » est-elle un conflit armé au sens des règles du droit international ? L'ambiguïté initiale de ce conflit a fait dire à certains auteurs que le droit international humanitaire était dépassé, et qu'il fallait revoir le contenu du droit de Genève. En réalité, le glissement sémantique du « droit de la guerre » au « droit des conflits armés » avait déjà permis d'intégrer les mutations des hostilités. Ce qui est certain, c'est que l'exécutif américain a tout de suite pointé l'accent sur le caractère atypique dudit conflit, certainement pour mieux échapper aux règles codifiant les hostilités plus « classiques ». Comme nous l'avons relevé, dès le lendemain des attaques, George Bush a parlé d'une guerre d'un type nouveau, d'un ennemi d'un genre nouveau : « La thèse américaine de la guerre au terrorisme ouvre un champ d'application du droit dans la guerre qui échappe au cadre spatial et temporel du droit des conflits armés, tel qu'il est généralement accepté »³¹. Il a été dès le départ très clair que les Etats-Unis entendaient partir en guerre contre le terrorisme, non contre un Etat en particulier, sauf à considérer que soutenir ou tolérer les actes terroristes revenait à accomplir les actes eux-mêmes. C'est exactement là que se situe le nœud de l'argumentation de la Maison Blanche, et qui n'est pas en conformité avec la définition conventionnelle du conflit armé. Les attentats du 11 septembre sont des actes terroristes ; « il ne s'agit pas d'une guerre, mais d'un risque proche de la guerre par son caractère exponentiel »³². Or Washington les a qualifiés d'actes de guerre pour légitimer la guerre contre l'Afghanistan, plus précisément –et c'est là une difficulté supplémentaire du point de vue du droit des conflits- contre les Taliban, faute de pouvoir déclarer la guerre à une organisation non étatique... Difficulté supplémentaire, car les Taliban ne sont pas un Etat, et ne sont pas forcément non plus le

²⁹ 357 voix contre 66 à la Chambre des représentants, 98 voix contre une au Sénat (celle de Russel Feingold, présenté comme un héros par les mouvements contestataires).

³⁰ Discours précité du 15 septembre 2001.

³¹ P. WECKEL, « Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo », *Revue Générale de Droit International Public*, 2002, n°2, p. 359.

³² D. CUMIN, « tentative de définition du terrorisme à partir du jus *in bello* », *Revue de Sciences Criminelles*, 2004, p. 28.

gouvernement représentant cet Etat. La plupart des Etats ne reconnaissent comme légitime que le gouvernement du Président Rabbani, chassé de Kaboul en 1996, mais les Taliban contrôlent *de facto* pratiquement tout le territoire afghan.

A ce stade des réflexions, un résumé de la logique de l'administration Bush s'impose : Attaquer l'Afghanistan, c'est attaquer les Taliban, c'est attaquer Al Qaïda. En vertu des conventions de Genève, un conflit est international s'il se déroule entre deux hautes-parties contractantes (c'est le cas des Etats-Unis et de l'Afghanistan). Mais peut-on considérer que l'Afghanistan était l'Etat « agresseur » ? Certainement pas. Le chef des opérations, Oussama Ben Laden, se trouvait en Afghanistan au moment des opérations terroristes dont les Taliban étaient au courant. L'Etat a bien sûr manqué à son devoir de diligence –au sens de l'affaire de *l'Alabama*³³- que le conseil de sécurité de l'ONU avait fermement souligné : « Condamnant avec force le fait que des terroristes continuent d'être accueillis et entraînés, et que des actes de terrorisme soient préparés, en territoire afghan, en particulier dans les zones tenues par les Taliban, et réaffirmant sa conviction que la répression du terrorisme international est essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, Déplorant que les Taliban continuent de donner refuge à Usama bin Laden et de lui permettre, ainsi qu'à ses associés, de diriger un réseau de camps d'entraînement de terroristes à partir du territoire tenu par eux et de se servir de l'Afghanistan comme base pour mener des opérations terroristes internationales... »³⁴. Il faut garder à l'esprit qu'Oussama Ben Laden était déjà l'ennemi public n°1 outre-Atlantique, le conseil de sécurité le désignant, dans la résolution, explicitement coupable des attentats de 1998 contre les ambassades américaines en Tanzanie et au Kenya.

Le fait que les Taliban aient soutenu Al Qaïda ne les rend pas responsables directement de leurs agissements. Comme l'a énoncé la Cour internationale de justice dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, « même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même (...) pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes commis par les *contras* au

³³ Le Royaume-Uni a été tenu pour responsable de la destruction d'une partie de la flotte américaine pendant la guerre de sécession, en ayant permis à des acteurs privés d'équiper des navires de guerre sudistes sur son territoire. Voy. A. DE LA PRADELLE et N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, 2^{ème} édition, Editions internationales, 1957, vol. II, pp. 713 et s.

³⁴ Résolution n°1267 du 15 octobre 1999.

cours de leurs opérations militaires (...)»³⁵. Pour Joe Verhoeven, la question ne doit pas cependant se placer sur le terrain de l'imputabilité mais sur celui de l'identité de la cible de la riposte : « La question centrale est en effet de déterminer si l'"attaque" dont est victime une Etat présente les caractères d'une attaque/agression ouvrant droit à la légitime défense, et dans l'affirmative, contre "qui" celle-ci doit être dirigée (...). Elle n'est pas de déterminer qui en est ou non "responsable" »³⁶. Sous le regard plutôt bienveillant du Conseil de sécurité des Nations-Unies, qui ouvre sa résolution du 12 septembre par le rappel du droit à la légitime défense³⁷, les Etats-Unis se sont donc lancés dans une guerre contre l'Afghanistan. Un nouveau conflit –voire un « conflit nouveau »- était né, et des hommes ont été faits prisonniers. L'ambiguïté de la cible de la riposte, en quelque sorte, son « effet domino » (Afghanistan, Taliban, Al Qaïda) va entraîner une « catégorisation » des prisonniers aux effets dévastateurs.

B. Les moyens : La création d'une zone de « non-droit »

Guantanamo est l'un des symboles les plus marquants de la guerre que les Etats-Unis entendent mener contre le terrorisme. Cette base cristallise toutes les entorses apportées au droit depuis le début des hostilités ; entorse au droit interne, au droit international, au droit international humanitaire, et, plus généralement, aux droits de l'homme. Base militaire s'étendant sur une centaine de km² sur le sol cubain, Guantanamo est louée depuis 1903 pour un loyer virtuel d'environ 4000 dollars par an. Loyer virtuel, car, pour des raisons hautement symboliques, Fidel Castro a toujours refusé d'encaisser ces loyers. Point militaire stratégique au départ, JTF-GTMO (*Joint Task Force Guantanamo*) est devenu un camp de détention dès 1994 pour 30 000 Haïtiens réfugiés interceptés sur des *boat-people*. A l'époque, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a d'ailleurs estimé que les Etats-Unis avaient violé une série de droits appartenant auxdits réfugiés protégés par la Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme³⁸.

³⁵ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, 1986, CIJ Rec. 1, § 115.

³⁶ J. VERHOEVEN, « les "étirements" de la légitime défense », *op. cit.*, p. 59.

³⁷ « *Reconnaissant* le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte (...) », Résolution n°1368 du 12 septembre 2001.

³⁸ Points 183 à 188 : droit à la vie, droit à la liberté, droit à la sécurité de la personne, droit à l'égalité des personnes, droit de recourir aux tribunaux, droit à chercher et recevoir asile. Décision de la Commission à propos du bien fondé de l'affaire n°10. 675 *Etats-Unis d'Amérique*, 13 mars 1997, Rapport n°51/96 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme pour 1996, chapitre III, disponible sur [<https://www.cidh.oas.org/annualrep/96fren/EtatsUnis/0675.htm>].

« *Gitmo* » comme le surnomment les Américains, dénommé ensuite le camp « X-Ray » puis le « Camp Delta » est donc devenu le lieu de détention des prisonniers de la guerre contre le terrorisme. Le 11 janvier 2002, un avion militaire a déposé un premier groupe de détenus, enchaînés et cagoulés, qui ont pris place dans des cages « à la recherche d'un oiseau » pour paraphraser Kafka. Prisonniers « de la guerre », qui n'ont, pour autant, pas été traités comme des prisonniers « de guerre ». En réalité, les choses sont plus complexes que cela, et le statut des prisonniers de Guantanamo a évolué au fil du temps, des circonstances, des « catégories » de captifs. La question de leur statut est déterminante en ce qu'elle conditionne également celle relative à leur traitement : dans le cadre d'un conflit armé, tous les prisonniers ont bien sûr droit à un minimum de protection. Mais la distinction opérée par l'administration américaine entre les combattants légaux et illégaux a permis de justifier certaines pratiques extrêmes utilisées à l'encontre des seconds : elle a permis de créer des sous-catégories de combattants au mépris des règles de droit international humanitaire.

1. Le statut des prisonniers

Le raisonnement sur le statut des détenus de Guantanamo doit nécessairement partir des prémisses suivantes : sommes-nous en présence d'un conflit armé ? Si oui, s'agit-il d'un conflit armé international ou non international ? S'il s'agit d'un conflit armé international, les combattants arrêtés sont-ils légaux ou illégaux ? De la réponse à ces multiples questions qui s'emboîtent les unes les autres découle, *in fine*, la question du traitement des prisonniers. Or dès ces prémisses, le président Bush a montré qu'il avait une interprétation très personnelle des conventions de Genève, une interprétation servant une logique dénuée de toute incertitude : il faut combattre le terrorisme sous toutes ses formes, et tous les moyens seront bons pour parvenir à cette fin. Le respect du droit de La Haye, du droit de Genève mais aussi de bon nombre de dispositions internes peut être un frein à l'accomplissement de cet objectif. Très concrètement, n'autoriser un combattant qu'à révéler son matricule n'arrange pas les affaires de celui qui veut lui soutirer des aveux...

La question de savoir si nous sommes en présence d'un conflit armé international ou non est fondamentale pour éluder celle relative au statut des détenus de Guantanamo. Les personnes arrêtés dans le contexte d'un conflit armé non international ne sont pas des combattants et ne peuvent bénéficier du statut de prisonnier de guerre. Dans ce cas, les prisonniers ont tout de même droit à la protection découlant de l'article 3 commun aux

conventions de Genève³⁹, complété par le protocole II de 1977 additionnel aux dites conventions⁴⁰ de même que le droit international coutumier. La Cour internationale de justice, dans l'affaire des *activités militaires au Nicaragua*, a rappelé en 1986 aux Etats-Unis qu'ils avaient l'obligation de respecter les conventions « en toutes circonstances » car « une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont l'expression concrète »⁴¹. Dans son avis relatif à *la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la haute juridiction a par ailleurs énoncé de manière solennelle qu'il existait « des principes intransgressibles du droit international coutumier »⁴².

Si le conflit armé est international, il convient de distinguer entre les combattants légaux et les combattants illégaux. Les premiers sont considérés comme des prisonniers de guerre et bénéficient de la protection accordée par la troisième convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre ; les seconds ne sont pas désignés comme tels mais se voient appliquer la quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et le premier protocole de 1977⁴³ -non ratifié par les Etats-Unis-. En cas de doute sur le caractère « légal » ou non du combattant, c'est obligatoirement un tribunal compétent qui détermine si une personne a droit au statut de prisonnier de guerre. Cette distinction théorique entre combattants légaux et illégaux entraîne des distinctions

³⁹ En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes : 1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus : a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; b) les prises d'otages; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés. 2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés. Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit. Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention. L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit.

⁴⁰ Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977.

⁴¹ *Rec.* 1986, p. 114, 219-220.

⁴² Avis du 8 juillet 1996, *Rec. CIJ*, 1996, §79 de l'avis.

⁴³ Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977.

pratiques : ainsi, les seconds peuvent être détenus aussi longtemps qu'ils constituent une menace grave pour la sécurité de l'Etat et se voient privés de certains privilèges.

Washington a d'emblée « joué » sur les statuts afin que la protection des personnes détenues à Guantanamo ne soit pas « maximale », à savoir celle accordée par la troisième convention de Genève. Il y a plus de cinquante ans, un auteur rappelait déjà la fragilité du statut de prisonnier de guerre dans toute « guerre-croisade »⁴⁴... Dès le départ, les Etats-Unis ont défendu la thèse que les combattants ennemis étaient illégaux –*unlawful combatants*-. Dans les discours, les deux termes (combattant ennemi/ combattant illégal) apparaissent même comme synonymes, au mépris du contenu des conventions de Genève. Cette position n'est pas sans rappeler celle qu'avait adoptée la Cour suprême dans l'arrêt *Président Johnson v. Eisentrager* de 1950⁴⁵ : « En Common Law, les étrangers ennemis n'ont pas de droits, pas de privilèges, sauf par une faveur spéciale du Roi, en temps de guerre » peut-on lire sous la plume du juge Blackstone⁴⁶. Le précédent *Eisentrager* sera justement rejeté par la Cour suprême dans l'affaire relative aux détenus de Guantanamo sur laquelle nous reviendrons plus loin. L'expression de « combattant illégal » apparaît dans l'affaire *Ex Parte Quirin* jugée par la Cour suprême des Etats-Unis en 1942, qui a abouti à la condamnation à mort de huit saboteurs nazis entrés clandestinement sur le sol américain pendant la seconde guerre mondiale : « Le droit de la guerre établit une distinction entre (...) ceux qui sont des combattants légaux ou illégaux. Les combattants réguliers sont sujets à capture et à détention par les forces militaires opposées, comme prisonniers de guerre. Les combattants irréguliers sont également sujets à capture et détention, mais peuvent de plus être sujets à jugement et à répression par les tribunaux militaires, pour des actes qui rendent leur belligérance irrégulière »⁴⁷. Le précédent *Ex parte Quirin* sera largement utilisé par l'administration Bush pour justifier la validité des commissions militaires⁴⁸.

Soucieux de maintenir le lien avec leurs alliés, les Etats-Unis se sont sentis obligés de rassurer la communauté internationale : dans un communiqué de presse du 7 février 2002, la Maison Blanche a annoncé que les détenus de Guantanamo seraient traités « humainement »

⁴⁴ W. FLORY, « Vers une nouvelle conception du prisonnier de guerre », *Revue Générale de Droit International Public*, 1954, p. 56.

⁴⁵ 339 US 763 (1950).

⁴⁶ 775. Cité par G. FLETCHER, « Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : Hamdi, Padilla et les détenus de Guantanamo Bay », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2004, p. 856.

⁴⁷ 317 US 1 (1942).

⁴⁸ Voy. ce sur point A. ADAM, *La lutte contre le terrorisme, étude comparative Union européenne/Etats-Unis*, L'Harmattan, collection Inter-national, 2005, p. 79 et suivantes.

et « conformément aux principes de la troisième convention de Genève ». Or de la protection accordée par la troisième convention de Genève, il n'en n'a jamais été question : l'administration Bush a accepté que les Taliban bénéficient de la protection de la quatrième, mais ont exclu les membres du réseau Al Qaïda du champ d'application des quatre conventions. Dans sa majorité, la doctrine internationaliste a estimé que les Taliban auraient dû être considérés comme des prisonniers de guerre, mais que ce statut pouvait en revanche difficilement être octroyé aux terroristes d'Al Qaïda. Cela étant, certains ont tout de même souligné qu'Al Qaïda n'était pas plus féroce que ne l'avait été la Wehrmacht, et que les nazis avaient pourtant eu droit au statut de prisonniers de guerre⁴⁹... Mais le statut des combattants ne saurait s'analyser au vu du degré de barbarie de leurs agissements. Les nazis combattaient pour l'Allemagne, Al Qaïda est une organisation non étatique. Quoi qu'il en soit, il « restait » aux membres de cette dernière la protection accordée par l'article 3 commun aux conventions, ainsi que celle découlant du droit international coutumier déjà évoquées. Selon la logique des autorités américaines, Guantanamo n'enfermait donc que des combattants illégaux. Au mépris du droit de Genève, l'exécutif américain a créé une sous-catégorie de combattant ennemi : si les Taliban méritent bien la protection accordée par les conventions de Genève (en l'occurrence, la quatrième puisqu'ils ne sont pas considérés comme des prisonniers de guerre au sens de la troisième), tel n'était pas le cas des membres d'Al Qaïda. Cette différence de statut a pour objectif d'établir une différence de traitement.

2. Le traitement des prisonniers

Concrètement, quel était l'intérêt d'accorder aux détenus le statut de prisonniers de guerre ? Ce statut, énoncé par la troisième convention de Genève, accorde une protection maximale. Certains aspects ont des accents communs avec ce que l'on peut retrouver dans les autres conventions ; aussi l'article 13 précise-t-il que « les prisonniers de guerre doivent être traités en tout temps avec humanité (...) doivent de même être protégés en tout temps, notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique ». L'article 17 permet en revanche de bien saisir tout la spécificité de ce statut : « Chaque prisonnier de guerre ne sera tenu de déclarer, quand il est interrogé à ce sujet, que ses nom, prénoms et grade, sa date de naissance et son numéro matricule ou, à défaut, une indication équivalente. Aucune torture physique ou morale ni aucune contrainte ne pourra être

⁴⁹ M. SASSOLI, « La guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 39, 2001, p. 14.

exercée sur les prisonniers de guerre pour obtenir d'eux des renseignements de quelque sorte que ce soit. Les prisonniers qui refuseront de répondre ne pourront être ni menacés, ni insultés, ni exposés à des désagréments ou désavantages de quelque nature que ce soit ». Il est aisé de comprendre pourquoi Washington n'a jamais eu l'intention d'accorder ce statut aux détenus de Guantanamo, y compris aux Taliban. Ces derniers sont néanmoins susceptibles d'être protégés par la quatrième convention, qui énonce notamment à l'article 27 que « les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique ».

La comparaison avec le mémorandum de la CIA rendu public le 16 avril dernier⁵⁰ est édifiante, pour ne pas dire terrifiante. Le président Obama a naturellement fortement dénoncé les techniques d'interrogatoires décrites dans ces multiples documents (dont la plupart des pages sont censurées), tout en affirmant néanmoins que leurs auteurs ne seront pas poursuivis⁵¹. Le premier de ces dossiers, daté du mois d'août 2002, décrit les dix techniques utilisées à l'encontre du présumé terroriste Abu Zubaydah. Un second document de mai 2005 développe quatre techniques supplémentaires, en concluant qu'elles ne sont pas des actes de torture. C'est ainsi que sont exposés les privations de sommeil, de nourriture, la nudité forcée, le maintien en positions pénibles et la sur-stimulation sensorielle sur des périodes prolongées, la pression sur l'abdomen, le visage, la simulation de noyade, l'enfermement dans des lieux exigus sans lumière, avec des insectes... Le tout étant assorti de descriptions d'une froideur inimaginable. Voici le commentaire accompagnant l'autorisation de la gifle, qui semble, dans l'absolu, ne pas être le traitement le plus cruel qui soit : « l'interrogateur gifle le visage de l'individu avec les doigts de la main bien écartés (...). Le but de la gifle est de produire un effet de choc, de surprise, et/ou d'humiliation »⁵².

Sur l'initiative des sénateurs Carl Levin et John McCain, et après une enquête qui a duré dix-huit mois, le Sénat a rendu publique le 11 décembre 2008 une partie de son rapport –

⁵⁰ Document original disponible sur le site [<http://graphics8.nytimes.com/packages/images/nytint/docs/justice-department-memos-on-interrogation-techniques/original.pdf>].

⁵¹ *Statement of President Barack Obama on release of OLC Memo*, Office of the Press, 16 avril 2009.

⁵² *Ibid.*, p. 2.

le reste étant classé « top secret »- sur les techniques d'interrogatoires utilisées par l'armée⁵³. Les conclusions sont accablantes pour l'administration Bush, et notamment pour le secrétaire de défense de l'époque, Donald Rumsfeld. Celui-ci est directement tenu pour responsable de certains abus commis sur les détenus, dont la nudité forcée et le contact avec les chiens d'attaque, qu'il aurait autorisés dans une lettre datée du 2 décembre 2002. La première conclusion du rapport rappelle la violation des conventions de Genève, le président Bush ayant même dénié l'application de l'article 3 commun, standard pourtant minimum, aux Taliban et membres d'Al Qaïda. Le point n°13 de la conclusion va jusqu'à comparer le contenu du programme SERE (« survie, évasion, résistance, fuite ») aux techniques utilisées par les Chinois pendant la guerre de Corée.

Il faut ajouter à ces révélations internes l'indignation de l'opinion internationale provoquée par la publication de photos choquantes, relayées par les premiers témoignages des anciens détenus de Guantanamo. L'émotion suscitée par leurs contenus, amplifiée par des « fuites » dans la presse⁵⁴, a conduit le Sénat à adopter, sous l'impulsion de John McCain, un amendement contre la torture le 5 octobre 2005⁵⁵. Les organisations non gouvernementales et autres associations de défense des libertés (*Amnesty International*, *Human Rights Watch*, pour ne citer qu'elles) se sont fortement mobilisées. Dès ses premières visites sur le site cubain, le comité international de la Croix-Rouge a manifesté ses inquiétudes, tant du point de vue du statut des prisonniers que celui de leur traitement⁵⁶, tout comme le Haut commissaire aux droits de l'homme ou encore la commission interaméricaine des droits de l'homme. Cinq experts internationaux mandatés par la commission des droits de l'homme de l'ONU ont par ailleurs publié un rapport particulièrement accablant pour l'exécutif américain⁵⁷, réclamant la fermeture du camp de Guantanamo et dénonçant les tentatives visant à « redéfinir la torture ».

Les actes inhumains et dégradants sont ceux qui ont le plus choqué, certainement parce qu'il s'agit de souffrances physiques et qu'elles ont pu, pour certaines d'entre elles, être photographiées. La torture est également morale ; comme le proclame avec magnificence le juge Frankfurter dans l'affaire *Watts v. Indiana* jugée en 1949, « Il existe une torture pour

⁵³ *Senate armed services committee inquiry into the treatment of detainees in US custody*, [<http://levin.senate.gov/newsroom/supporting/2008/Detainees.121108.pdf>].

⁵⁴ Voy. M. FINAUD, « l'abus de la notion de "combattant illégal" : une atteinte au droit international humanitaire », *Revue Générale de Droit International Public*, 2006-4, pp. 876-877.

⁵⁵ *Detainee Treatment Act*, pub. L. N°109-148, §§ 1001-1006 (2005). Texte de l'amendement disponible sur le site [<http://www.phrusa.org/research/torture/mccain>].

⁵⁶ Voy. Les rapports réguliers de visite du camp de Guantanamo sur le site du Comité, [<http://www.icrc.org/>].

⁵⁷ Rapport du 16 février 2006, disponible sur le site [<http://www.ohchr.org>].

l'esprit comme il en existe une pour le corps ; de la même façon que la force, la peur affecte la volonté. Et nous arrivons à un stade où cette cour ne peut plus ignorer en tant que juge ce que nous savons en tant qu'hommes »⁵⁸. Outre la privation de sommeil, de nourriture ou plus généralement de dignité, le détenu de Guantanamo a été également privé des droits parmi les plus sacrés de la Constitution des Etats-Unis : son droit à l'*habeas corpus*, son accès au *Due process*. Son droit à être au courant des charges pesant contre lui, son droit à être assisté d'un avocat, son droit à pouvoir communiquer avec lui, son droit à un procès. Ce sont ces questions procédurales qui vont servir de point de départ à une véritable bataille entre le pouvoir judiciaire et l'exécutif américain.

II. La fermeture (?) de la prison de Guantanamo ou la victoire du droit

Progressivement, à partir des arrêts *Hamdi v. Rumsfeld*⁵⁹, *Rumsfeld v. Padilla*⁶⁰ et *Rasul v. Bush*⁶¹ du 28 juin 2004, et malgré de nombreux rebondissements, va s'entrevoir l'hypothèse de la fermeture du camp de Guantanamo. « Dans la grande tradition de la Common Law, les décisions du 28 juin 2004 rappellent la suprématie du droit sur la raison d'Etat »⁶² (A.). Hypothèse renforcée par l'élection de celui qui avait fait d'elle l'un de ses objectifs de campagne. La signature du décret ordonnant la fermeture de Guantanamo fut sans aucun doute l'un des gestes les plus forts du nouveau locataire de la Maison Blanche. Mais celui-ci a dû très vite faire face à des difficultés tant politiques que matérielles. Aujourd'hui, de nombreux obstacles s'érigent sur le chemin de cette fermeture, et Barack Obama lui-même est obligé de procéder à certains retours en arrière qu'il n'avait pas nécessairement prévus (B.).

A. Le combat entre la Cour suprême et la Maison Blanche

Les conditions de détention à Guantanamo n'ont pas été le seul déclenchement de l'indignation d'une partie de l'opinion publique, loin s'en faut. Dans le même temps, sur le sol américain, les normes adoptées dans l'urgence au lendemain du 11 septembre commencent à produire leurs effets dévastateurs. Cette fois, il n'est plus question de violation

⁵⁸ 338 US 49, 54 (1949). Les juges dissidents dans l'affaire *Rumsfeld v. Padilla* citent cet extrait dans la note n°10, voir *infra*.

⁵⁹ 542 US 507 (2004).

⁶⁰ 542 US 426 (2004).

⁶¹ 542 US 466 (2004).

⁶² E. ZOLLER, « Les prisonniers de Guantanamo et la Cour suprême des Etats-Unis », *Dalloz*, 2005, p. 585.

du droit international humanitaire mais de la Constitution des Etats-Unis, pourtant objet d'un véritable culte outre-Atlantique. Le *USA PATRIOT Act* déjà cité fait plus qu'entraver les libertés fondamentales protégées par le texte suprême ; en atteignant la substance de certaines d'entre elles, telles que le droit à la vie privée ou la liberté d'expression, il les dénature. Il en va de même pour des droits constitutionnels dits de « procédure ». Ainsi, pour ne citer qu'eux, le droit à l'assistance d'un avocat protégé par le Sixième Amendement ou la célèbre clause de *Due process* contenue dans les Cinquième et Quatorzième Amendements subissent des atteintes sans précédent. Les pouvoirs de l'*Attorney General* en matière de détention des étrangers sont considérablement accrus. Sur la seule base d'un « soupçon raisonnable » (*Reasonable suspicion*), il peut décider d'incarcérer un individu pendant une semaine puis prolonger sa détention pendant six mois.

A toutes ces atteintes flagrantes aux droits fondamentaux contenues dans la loi s'ajoutent des dispositions de nature réglementaire. Le 8 octobre 2001, le Président Bush institue par décret l'*Office of Homeland Security* afin de coordonner l'action des différentes agences fédérales⁶³. Quelques jours plus tard, l'*Attorney General* John Ashcroft édicte un règlement permettant la surveillance des correspondances des détenus de même que leurs conversations avec leurs avocats⁶⁴. C'est également sans passer par la voie législative, au nom de sa qualité de chef des armées, que le Président des Etats-Unis institue des tribunaux militaires⁶⁵ dans le but d'y traduire les combattants ennemis⁶⁶. Face à cet arsenal liberticide, une forme de « résistance » va s'organiser⁶⁷. La plus symbolique est sans aucun doute celle de la Cour suprême des Etats-Unis. Son engagement va se faire sous deux angles : celui du droit à l'*habeas corpus* des détenus de Guantanamo et celui de la validité des commissions militaires. Sur ces deux thèmes, le Congrès va réagir sous la pression de l'exécutif.

⁶³ *Executive Order* n°13228 du 8 octobre 2001, prolongé par le *Homeland Security Act* du 25 novembre 2005, visant à rassembler une vingtaine d'agences fédérales sous une même égide.

⁶⁴ *Attorney General Order* n°2529-2001 du 30 octobre 2001.

⁶⁵ *Military Order* du 13 novembre 2001.

⁶⁶ *Military Order* pris sur la base d'un décret du Président Roosevelt jugé conforme à la Constitution par la Cour suprême dans l'arrêt *Ex parte Quirin* de 1942 précité, voir G. SCOFFONI, « Les juges et la Constitution des Etats-Unis à l'épreuve du terrorisme international », in *Constitution et Finances publiques, Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Paris, Economica, 2005, pp. 222 et 231 ; S. GARDBAUM et G. SCOFFONI, *Chronique « Etats-Unis »*, *RFDC*, n°50, 2002, pp. 460-461.

⁶⁷ Certains Etats, à l'instar d'Hawaï et de l'Alaska, ont voté en 2003 des résolutions s'opposant à l'application du *PATRIOT Act*. En août 2005, l'ACLU avait recensé plus de 400 communautés locales (dont les villes de Philadelphie et de Cleveland) et sept Etats refusant d'appliquer le nouveau dispositif fédéral anti-terrorisme. Il faut ajouter à cette fronde institutionnelle permise par la forme de l'Etat de très nombreuses plaintes individuelles déposées contre les abus de toutes sortes commis au nom du corpus de 2001. Ces recours vont permettre à la jurisprudence de réaffirmer les exigences de l'Etat de droit, voire de déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions du *PATRIOT Act*.

1. L'attaque des juges

La violation du droit international humanitaire, et plus généralement des droits fondamentaux accompagnée d'une absence de contrôle juridictionnel effectif ne pouvait qu'entraîner une réaction du pouvoir judiciaire. La première se produisit en 2004, lors de trois affaires relatives à des détenus de Guantanamo. Dans les décisions *Hamdi v. Rumsfeld*, *Rumsfeld v. Padilla et Rasul v. Bush* précitées⁶⁸, les *Supremes* ont réaffirmé les principes élémentaires du *Due process* en définissant un standard minimum de protection des droits des détenus nationaux ou étrangers. La prison de Guantanamo se situant sur un territoire relevant de la compétence des Etats-Unis, les détenus jouissent d'un droit d'accès aux tribunaux en vertu de l'*habeas corpus* dont ils ne sauraient être privés. La position de la Cour suprême pourrait se résumer par ces mots désormais célèbres lus par la juge O'Connor dans la décision *Hamdi* : « *We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President* » ...

Ces trois arrêts, en réalité fort complexes, posent à la fois le problème de l'applicabilité des conventions de Genève et celle des dispositions constitutionnelles, celui de la qualification des détenus et leur droit à saisir un juge. Ils « sont réunis par un fil rouge qui doit se lire comme un désaveu des prétentions de l'exécutif américain dans sa lutte contre le terrorisme »⁶⁹. Yaser Esam Hamdi et José Padilla avaient la particularité d'être des citoyens des Etats-Unis. Le premier a été arrêté en Afghanistan, le second sur le sol américain. Ces citoyens, malgré leur détention sur le sol cubain, pouvaient donc exercer leur droit à l'*habeas corpus* devant des juridictions américaines. Or ils ont été qualifiés de « combattants ennemis », ce statut, selon l'argumentation de l'exécutif, leur déniait le droit de contester leur détention devant un tribunal fédéral. La Cour, dans l'affaire *Padilla*, s'est s'abstenue de se prononcer au fond, estimant que la plainte de l'*habeas corpus* n'avait pas respecté certaines contraintes procédurales. La décision, du seul fait de son adoption à une très courte majorité (cinq voix contre quatre) n'est pas dénuée d'intérêt. En décalage avec la froide technicité de la décision majoritaire lue par le président Rehnquist, dans laquelle il est surtout question de la

⁶⁸ Ces trois affaires ont été largement commentées. Nous ne citerons que deux écrits très détaillés, l'un en anglais, l'autre en français : D. GOLOVE, « United States : The Bush administration's "war on terrorism" in the Supreme Court », *I.CON International Journal of Constitutional Law*, vol 3, n°1, 2005, pp. 128-146 ; G. FLETCHER, « Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : Hamdi, Padilla et les détenus de Guantanamo Bay », *op. cit.*

⁶⁹ E. ZOLLER, « Les prisonniers de Guantanamo et la Cour suprême des Etats-Unis », *op. cit.*, p. 585.

répartition des compétences entre la Cour de district de New York et celle de Caroline du sud, l'opinion séparée dissidente du juge Stevens se ferme sur une formule grave : « Ce qui en jeu dans cette affaire, ce n'est ni rien de moins que l'essence d'une société libre. Le caractère des contraintes imposées à l'exécutif par la règle de droit est bien plus important que la méthode de sélection des dirigeants et de leurs successeurs par le peuple. La détention discrétionnaire pour les besoins de l'enquête et la prévention d'activités subversives est la marque de la *Star Chamber* ». Accompagné des autres juges dits « libéraux » de l'époque⁷⁰, le juge Stevens fait une référence discrète à la torture dans une note de bas de page, par le biais de la formule du juge Frankfurter citée plus haut.

De la torture, il n'en sera pas plus question dans l'affaire *Hamdi*. Mais la Cour a esquissé « les grandes lignes d'un cadre pour l'exercice du contrôle judiciaire sur la détention exécutive »⁷¹, tout en étant très divisée sur la question du lien entre la citoyenneté et le droit à une audience judiciaire. Comme toujours, l'opinion séparée du juge Scalia est aussi juridiquement argumentée que philosophiquement discutable. Connu pour son « textualisme », c'est tout naturellement que le très conservateur juge débute par le rappel des possibilités constitutionnelles de mise en suspens de l'*habeas corpus*. La conclusion à laquelle il aboutit explique l'alliance quelque peu contre-nature avec le juge Stevens, particulièrement progressiste : Hamdi méritait une assistance judiciaire. Mais la couleur idéologique de Scalia réapparaît au niveau du raisonnement : non pas parce que tous les détenus –y compris les combattants ennemis- bénéficiaient d'un tel droit, mais parce qu'il était citoyen américain⁷².

C'est surtout l'affaire *Rasul* qui est considérée comme un camouflet pour l'administration Bush. La « passion »⁷³ des juges conservateurs qui font bloc autour du juge Scalia est à l'image de l'audace jurisprudentielle dont a fait preuve la majorité. L'arrêt s'ouvre sur la question suivante : les détenus étrangers de Guantanamo ont-ils le droit d'exercer une

⁷⁰ Les juges Ginsburg, Breyer et Souter. Précisons au passage que ce dernier, qui a souvent cosigné ou rallié des opinions séparées du juge Stevens, a annoncé qu'il démissionnerait de la Cour suprême à l'issue de la session de juin. Le président Obama a déjà désigné la juge Sonia Sotomayor comme candidate à sa succession, qui va devoir au préalable passer la redoutable épreuve des *hearings* devant le Congrès.

⁷¹ D.-M. AMANN et M. JACQUELIN, « Droit américain : l'imposition d'un contrôle judiciaire sur la politique de détention de l'exécutif », *Revue de Sciences Criminelles*, 2004, p. 988.

⁷² De manière générale, le juge Scalia reproche à ses collègues, dès qu'il le peut, de se référer trop souvent au droit international ou au droit comparé. Voy. Notamment son opinion dissidente dans l'affaire relative à l'interdiction de la peine de mort pour les mineurs, dans laquelle la Cour s'est référée au « consensus mondial » : *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005).

⁷³ L'expression est empruntée à G. FLETCHER, « Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : Hamdi, Padilla et les détenus de Guantanamo Bay », *op. cit.*, p. 847.

plainte en *habeas corpus* devant un tribunal des Etats-Unis, alors même que ces derniers n'ont pas « l'ultime souveraineté » sur la base cubaine ? L'argumentation a pour principal objet d'écarter la jurisprudence *Eisentrager* déjà évoquée. En réponse, celle des dissidents celui de dénoncer les égarements d'une majorité qui met à mal des principes fermement établis depuis plus d'un demi-siècle. La décision *Eisentrager* a énoncé que la garantie de l'*habeas corpus* ne s'appliquait pas aux étrangers ennemis qui, comme Eisentrager et vingt autres allemands, étaient détenus par les Etats-Unis sur un sol étranger (la Chine en l'occurrence). Pour les juges dissidents, les données sont identiques pour les combattants ennemis détenus à Guantanamo : si cette base est sous le « contrôle et la juridiction exclusifs » des Etats-Unis, l'« ultime souveraineté » appartient à Cuba. De ce fait, ces étrangers ennemis détenus à l'étranger ne peuvent introduire une action en justice devant les tribunaux américains. La majorité va balayer cet argument, en se basant essentiellement non pas sur les bases constitutionnelles mais légales de l'*habeas corpus*. A travers la voix du très libéral juge Stevens, la majorité de la Cour a fermement souligné que le Congrès n'a jamais souhaité que le champ d'application géographique de la loi varie en fonction de la nationalité du détenu. Citoyens américains mais aussi combattants ennemis étrangers ont le droit de saisir les tribunaux fédéraux. L'équivalent judiciaire britannique de l'arrêt *Rasul* est peut-être encore plus sévère à l'égard de la stratégie anti-terroriste, l'arrêt de la Chambre des Lords du 16 décembre 2004 réhabilitant « un univers de droit »⁷⁴. S'interrogeant sur la gravité de la menace, le Lord Hoffmann a des paroles tout aussi édifiantes que savoureuses : « Savoir si la Grande-Bretagne allait survivre à Hitler était discutable, mais il n'est pas douteux que nous survivrons à Al Qaïda. Les Espagnols n'ont pas affirmé, quelle que soit l'horreur du crime après l'attentat de la gare de Madrid, que l'existence de leur nation était menacée. Leur orgueil légendaire ne l'aurait pas permis »⁷⁵.

Le second coup porté à l'exécutif par la Cour suprême concerne la validité des commissions militaires. Dans un arrêt *Hamdan v. Rumsfeld* du 29 juin 2006⁷⁶, la Haute Cour s'est cette fois penchée sur la validité du *Military Order* du 13 novembre 2001, estimant que « la structure et la procédure [des tribunaux militaires] violent à la fois le Code de justice militaire et les quatre conventions de Genève de 1949 »⁷⁷. L'apport de l'arrêt est double : outre l'invalidation desdits tribunaux, la Cour a également solennellement rappelé que

⁷⁴ P.-M. MARTIN, « L'honneur des juges britanniques », *Dalloz*, 2005, p. 1056.

⁷⁵ Cité in *ibid.*

⁷⁶ 548 US 557 (2006).

⁷⁷ Point 4 du syllabus obtenu sur le site de la Cour suprême [<http://www.supremecourtus.gov/>].

l'article 3 commun aux conventions de Genève s'appliquait à tous les détenus, quel que soit leur statut. Après l'*habeas corpus*, la Cour suprême vole donc au secours d'un autre droit procédural non moins sacré : le *Due process of law*. Comme le rappelle Elizabeth Zoller, le contenu du droit a évolué, les organes judiciaires n'étant plus les seuls à permettre son plein accomplissement⁷⁸. Mais l'arrêt *Hamdan* est venu préciser que les commissions militaires, aux procédures trop « allégées », ne suffisaient pas. Sans surprise, les juges Scalia, Thomas et Alito ne se sont pas ralliés à la majorité et ont rédigé des opinions dissidentes, le *Chief Justice* Roberts s'étant déporté de l'affaire. Le juge Thomas est celui qui, depuis les arrêts de 2004, fait preuve d'une totale allégeance envers l'exécutif. Dans son opinion séparée dissidente sous l'affaire *Hamdan*, il affirme avec conviction que l'article 3 commun aux conventions de Genève, pourtant norme de protection minimale envers tous les détenus, ne s'applique pas aux prisonniers de la guerre contre le terrorisme.

2. La riposte de l'exécutif

La réaction de la Maison Blanche ne va pas se faire attendre longtemps. Sous la pression de l'exécutif, le Congrès va voter une loi privant les détenus de Guantanamo de recours en *habeas corpus*, contournant ainsi la jurisprudence *Hamdi*, *Rasul* et *Padilla*. Ripostant à l'arrêt *Hamdan*, il va de plus offrir aux tribunaux militaires la base légale qui leur manquait, tout en donnant l'apparence d'avoir amélioré la procédure.

Le *Detainee Treatment Act* voté en 2005, en même temps qu'il interdit la torture (grâce à l'amendement de John McCain cité plus haut) supprime le droit à l'*habeas corpus* des détenus de Guantanamo, au mépris des règles posées par les arrêts de 2004⁷⁹. Par ailleurs, l'administration réagit cette fois directement en créant les *Combat Status Review Tribunals*, -à ne pas confondre avec les commissions militaires- chargés de déterminer le statut des détenus⁸⁰. Mais l'exécutif n'aura pas le dernier mot, et la Constitution va de nouveau l'emporter sur la logique de la supériorité du « combat contre le Mal »⁸¹. Nouvel épisode de

⁷⁸ E. ZOLLER, « procès équitable et *Due process of law* », *Dalloz*, 2007, p. 520.

⁷⁹ Section 1004 de la loi précitée. L'amendement est l'œuvre du sénateur républicain Lindsey Graham, S. Amdt. 2516, 109th Cong. (2005).

⁸⁰ Deputy Secretary of Defense, *Order establishing combat status review tribunals*, 7 juillet 2004, disponible sur le site [<http://www.defenselink.mil>].

⁸¹ Avant que n'intervienne la Cour suprême, la cour d'appel du District de Columbia avait conclu à l'illégalité de ces tribunaux d'examen du statut des combattants: voy. [http://www.ccrny.org/v2/legal/september_11th/docs/judgeGreenRulingon], cité par M. FINAUD, « l'abus de la notion de "combattant illégal" : une atteinte au droit international humanitaire », *op. cit.*, p. 874, note n°48.

ce feuilleton politico-judiciaire, l'arrêt *Boumediene v. Bush* rendu le 12 juin 2008⁸² réaffirme le droit pour les détenus de Guantanamo de contester leur détention devant les tribunaux civils. A une courte majorité (cinq voix contre quatre), la Cour a rappelé à travers la voix du juge Kennedy que « les lois et la Constitution sont conçues pour survivre et rester en vigueur même en des circonstances extraordinaires ». Comme à son habitude, le juge dissident Scalia, accompagné des autres juges conservateurs, Thomas, Alito et le *Chief Justice* Roberts, a des mots virulents envers ses collègues majoritaires dont il dénonce « l'arrogance » : « Pour la première fois dans l'histoire de notre nation, la Cour a conféré un droit à l'*habeas corpus* à des ennemis étrangers détenus à l'étranger par nos forces armées dans le cours d'une guerre ». La cour du district de Columbia vient tout récemment de pousser la logique de la jurisprudence *Boumediene* encore plus loin, en reconnaissant à des prisonniers de Bagram, en Afghanistan, le droit de contester leur détention devant des tribunaux américains⁸³. Le juge John Bates –nommé par George Bush en 2001...- a établi le 2 avril dernier que le privilège de l'*habeas corpus* devait être accordé à des étrangers détenus à l'étranger.

La Maison Blanche va également répondre aux attaques de la Cour suprême sur la validité des commissions militaires. Pour mener à bien la lutte contre le terrorisme, l'exécutif sait combien celles-ci peuvent être un outil efficace. Le Congrès va donc contourner la censure juridictionnelle en adoptant le *Military Comissions Act*⁸⁴ la même année, qui modifie également le *War Crimes Act* de 1996⁸⁵. De telles commissions ne sont pas nées à Guantanamo, loin s'en faut, un auteur américain parlant même de « pédigrée putride »⁸⁶... Apparues à l'époque de la guerre de sécession, particulièrement actives au moment de la seconde guerre mondiale⁸⁷, elles dérogent aux procédures des juridictions militaires de droit commun : « A l'origine, il s'agissait de juridictions "légères" permettant de rendre justice au

⁸² *Lakhdar Boumediene et al. V. George Bush*, 553 US (2008). Nous ne citerons que deux commentaires, l'un en anglais, l'autre en français : J.-M. PIRET, « *Boumediene v. Bush* and the extraterritorial reach of the us Constitution. A step towards judicial cosmopolitanism ? », *Utercht Law Review*, vol. 4, n°3, 2008, pp. 81-103; V. NATALE, « L'ultime tentative de la Cour suprême américaine pour préserver les droits des détenus de Guantanamo : l'arrêt *Boumediene c/ Bush* », *Revue de Sciences Criminelles*, 2008, pp. 893-897.

⁸³ *United States District Court for the district of Columbia, Fadi Al Maqaleh v. Roberts Gates; Haji Wazir v. Roberts Gates; Amin Al Bakri v. Barack Obama; Redha Al-Najav v. Robert Gates*, 2 avril 2009, disponible sur [https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2006cv1669-34].

⁸⁴ *Military Comissions Act of 2006*, Pub. L. N°109-366, 120 Stat. 2600 (2006)

⁸⁵ *War Crimes Act of 1996*, Publ. L. N°104-192, 110 Stat. 2104.

⁸⁶ M. BELKNAP, « A putrid pedigree : the Bush administration's military tribunals in historical perspective », 38 *Cal. W. L. Rev.* 433 (2002).

⁸⁷ Pour un historique des commissions militaires, voy. D. F. VAGTS, « Military commissions : a concise history », *The American Journal of International Law*, vol. 101, n°1, 2007, pp. 35-48. Pendant la guerre de sécession, plus de 4200 procès ont eu lieu devant ces commissions, certains Etats ayant prononcé un grand nombre de sentences de mort. Voy. sur ce point précis C. CHOMSKY, « The US Dakota war trials : a study in military injustice », 43 *Stan. L. Rev.* 13 (1990).

plus près des champs de bataille là où les juridictions militaires ordinaires ne pouvaient accomplir leur office en raison des circonstances »⁸⁸. L'arrêt *Ex Parte Quirin* précité, affirmant la légalité de ces commissions, fut pris pour modèle par George Bush au moment de la signature du *Military Order* du 13 novembre 2001. L'affaire des saboteurs allemands a de même servi à légitimer d'autres arrêts similaires relatifs notamment à des combattants japonais⁸⁹. Les juges dissidents n'ont cessé de dénoncer l'inconstitutionnalité de ce simulacre de procès, à l'image notamment du juge Murphy sous l'affaire *Homma v. Patterson* : rappelant que les droits procéduraux proclamés par la Constitution sont « le sang qui coule dans les veines de notre civilisation », il conclut qu'« une nation ne doit pas périr parce que, dans la frénésie des suites d'une guerre, elle abandonne ses thèmes centraux que sont la dignité humaine et le *Due process* »⁹⁰.

Le *Military Commission Act* réhabilite donc ces commissions tout en modifiant la procédure pour la rendre plus conforme tant aux normes internes qu'internationales. Réunis autour d'une agora publiée dans *The American Journal of International Law*⁹¹, un grand nombre d'auteurs américains condamnent, parfois avec violence, l'hypocrisie du nouveau texte du Congrès. Le *War Crimes Act* de 1996 faisait déjà explicitement référence à l'article 3 commun des conventions de Genève. Pour justifier son exclusion du champ de la guerre post-11 septembre, l'administration Bush a avancé l'argument de l'inadaptation du langage dudit article au personnel militaire⁹², alors même que les manuels militaires en ont incorporé les exigences. Comme pour montrer sa bonne volonté par rapport à la jurisprudence de la Cour suprême, le Congrès a modifié la loi de 1996 pour y introduire les notions de traitements « inhumains », « dégradants » et « cruels », amendements complétés par une directive du secrétariat à la Défense⁹³ intégrée par le nouveau manuel militaire⁹⁴. Mais la section 6 a) de la loi n'interdit que les crimes qui violent « gravement » (*Grave breaches*) l'article 3 commun des conventions de Genève, comme si, *a contrario*, des petites entorses pouvaient continuer

⁸⁸ S. BOTREAU-BONNETERRE, « Le contrôle par les juridictions américaines de la guerre globale contre le terrorisme : aspects internationaux », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 2008, n°6, p. 104.

⁸⁹ Voy. notamment *Duncan v. Kahanamoku*, 327 US 304 (1946) ; *In Re Yamashita*, 327 US 1 (1946) ; *Homma v. Patterson*, 327 US 759 (1946).

⁹⁰ *Id.*, 760.

⁹¹ « Agora : Military Commissions Act of 2006 », *The American Journal of International Law*, 2007, vol. 101, n°1, 2007, et la suite au vol. 101, n°2.

⁹² Voy. Notamment les arguments de Donald Rumsfeld ou du représentant Duncan Dunter cités par M. J. MATHESON, « The amendment of the War Crimes Act », *The American Journal of International Law*, vol. 101, n°1, 2007, p. 50, note 10.

⁹³ US Department of Defense, directive n°2310.01 du 5 septembre 2006, disponible sur le site [http://www.defenselink.mil/pubs/pdfs/Detainee_Prgm_Dir_2310_9-5-06.pdf], cité in *ibid.*, p. 53, note 27.

⁹⁴ *Field Manual* n°2-22.3, 2006, disponible sur le site [<http://www.us.army.mil>], cité in *ibid.*

d'être tolérées. Surtout, le même passage donne au président des Etats-Unis « le pouvoir d'interpréter le sens et l'application des conventions de Genève ». Retour à la case départ... Attention à l'effet « boomerang » de cette attitude, met en garde un auteur américain : les Etats-Unis ont torturé, cela ne fait plus aucun doute ; en représailles, leurs soldats risquent à leur tour de subir le même traitement⁹⁵. Application de la nouvelle procédure des tribunaux militaires a été faite pour la première fois le 6 août 2008, à l'occasion du procès du chauffeur d'Oussama Ben Laden. Le Yéménite Salim Ben Ahmed Hamdan a été reconnu coupable de « soutien matériel au terrorisme », l'accusation de « complot », -pour laquelle le gouvernement demandait trente ans de prison- ayant été en revanche rejetée. Il n'a été condamné qu'à quelques mois de prison et a depuis été transféré au Yémen. Le second procès a abouti à la condamnation à vie du propagandiste d'Al Qaïda, Ali Hamza Ahmad Al-Bahlul. Les deux anciens candidats à la Maison Blanche ont salué les verdicts, Barack Obama indiquant alors, contrairement à John McCain, qu'il souhaitait la fin des tribunaux militaires d'exception. Devenu président, il va faire de cette question ainsi de celle de la fermeture de Guantanamo des sujets hautement prioritaires.

B. La « grâce » présidentielle

Le candidat à la succession de George Bush n'a eu de cesse, pendant la campagne, de répéter sa volonté de revenir sur une politique désastreuse dont les guerres en Irak et en Afghanistan étaient l'un des plus forts symboles. « En ce jour » a proclamé l'ancien sénateur devenu président lors de son discours d'investiture, « nous sommes rassemblés car nous avons choisi l'espoir plutôt que la peur, la volonté d'agir en commun plutôt que le conflit et la discorde ». A plusieurs reprises, Barack Obama a manifesté son souhait de fermer la prison de Guantanamo et d'en finir avec les commissions militaires. Le jeune président vient récemment d'apprendre à ses dépens que la tâche ne sera pas aisée.

1. Une volonté de fermeture affichée

⁹⁵ J. M. BEARD, « The Geneva boomerang : the Military Commissions Act of 2006 and US counterterror operations », *The American Journal of International Law*, vol. 101, n°2, 2007, pp. 56-73.

Contrairement à l'image qu'en ont donnée les médias français, le sénateur McCain est un républicain plutôt modéré. Son combat contre les traitements inhumains⁹⁶, qui s'est traduit par l'adoption de l'amendement contre la torture en 2005, en atteste. Tout en se prononçant pour le maintien des tribunaux militaires –position somme toute peu étonnante de la part d'un ancien militaire- il a manifesté, au cours de la campagne électorale, sa volonté de fermer Guantanamo. Il est vrai qu'il s'est exprimé sur cette question avec peut-être moins de conviction que ne l'a fait Barack Obama. Ainsi, à un journaliste qui l'interrogeait sur la décision *Boumediene v. Bush* le jour même de son adoption, John McCain a commencé par rappeler que les détenus de Guantanamo devaient être considérés comme des combattants ennemis, et que l'opinion dissidente du *Chief Justice* Roberts méritait une attention particulière. Barack Obama, quant à lui, s'est tout de suite félicité du « rejet de la volonté de l'administration Bush de créer un trou noir juridique à Guantanamo »⁹⁷. Ayant voté contre le *Military Commissions Act* lorsqu'il était sénateur de l'Illinois, c'est tout naturellement qu'il s'est de même prononcé pour la fin des tribunaux militaires.

Dès son arrivée à la Maison Blanche, Barack Obama a concrétisé ses promesses de campagne. Quelques jours après sa prestation de serment, devant les caméras du monde entier, il a ordonné la fermeture du camp de Guantanamo par la signature d'un *Executive Order*. En réalité, trois décrets ont été signés le 22 janvier 2009. Le premier est relatif à la fermeture de Guantanamo ; le second impose à la CIA de respecter les mêmes règles d'interrogatoire que l'armée et ordonne la fermeture des prisons secrètes ; le troisième donne l'ordre aux secrétariats de la Justice et de la Défense d'examiner le cas de Ali Saleh Kahlah Al-Marri, le seul combattant ennemi illégal détenu sur le sol américain. Immédiatement, la question du devenir des 240 détenus de Guantanamo s'est posée. A ses détracteurs l'interrogeant souvent à ce sujet, Barack Obama a envisagé l'hypothèse d'un transfert dans les prisons militaires de Fort Leavenworth au Kensas et de Charleston en Caroline du sud. Il a aussi très tôt espéré une coopération avec d'autres Etats, notamment ceux dont des ressortissants se trouvent actuellement détenus à Guantanamo. Nul doute qu'il s'agit là d'une hypothèse quelque peu utopique, surtout lorsque l'on observe que la majorité des détenus sont yéménites. La question du devenir de ces prisonniers dépasse celle du simple transfert. Une fois la prison de Guantanamo fermée, et les prisonniers transférés, soit sur le sol américain,

⁹⁶ Qui, comme chacun sait désormais, trouve ses origines dans son histoire personnelle d'ancien combattant au Vietnam ayant subi des actes de torture.

⁹⁷ M. D. SHEAR, « Obama, McCain respond to Guantanamo Bay ruling », *The Washington Post*, 12 juin 2008.

soit dans d'autres Etats, par quels tribunaux vont-ils être jugés ? Le président Obama a toujours marqué sa préférence pour les tribunaux civils ou les cours martiales. Mais, peut-être déjà conscient des difficultés que pourraient engendrer ces hypothèses, il n'a jamais fermement condamné les commissions militaires.

2. Une volonté de fermeture freinée

Sur la question de la fermeture de Guantanamo, Barack Obama trouve peu de soutien parmi les républicains, mais également parmi les démocrates. Au moment où nous écrivons, il a néanmoins trouvé un appui symbolique en la personne de Colin Powell. Interrogé sur la chaîne *CBS* le 24 mai 2009 sur les critiques formulées par Dick Cheney à l'encontre de la politique étrangère d'Obama, l'ancien secrétaire d'Etat a fermement soutenu sa volonté de fermer Guantanamo : « Ça fait six ans que je dis qu'on aurait dû fermer Guantanamo. J'avais plaidé cette cause auprès de Georges Bush en lui expliquant pourquoi. Guantanamo a suscité l'inquiétude partout dans le monde. Ce n'est pas tant Guantanamo que les gens qui y sont détenus. Que va-t-on faire d'eux ? On ne peut pas les garder enfermés pour toujours. Fermer Guantanamo c'est donner l'assurance aux Européens, aux musulmans, au monde arabe et au monde entier, que les Etats-Unis respectent les lois »⁹⁸.

Dans sa volonté de fermer Guantanamo, le 44ème président des Etats-Unis s'est vite heurté à l'aspect budgétaire de la question. La fermeture d'une telle prison a un coût que le Sénat doit évaluer, avant d'en permettre le financement. La chambre haute du Congrès américain vient de refuser à Barack Obama les 80 millions de dollars nécessaires pour cette fermeture, par 90 voix contre 6⁹⁹. Le 21 mai dernier, le président a prononcé un discours d'envergure sur la sécurité nationale aux archives nationales dans lequel il a, une fois de plus, fustigé la politique de son prédécesseur : « Le gouvernement [Bush] a pris des décisions hâtives, basées sur la peur plutôt que sur la clairvoyance, considérant que les principes étaient des luxes, dont on pouvait se passer (...). Guantanamo est devenu un symbole qui a aidé Al-Qaïda. La prison de Guantanamo a augmenté les dangers, renforcé nos ennemis. Le coût de maintien en service de Guantanamo est beaucoup plus substantiel que sa fermeture. Je sais que la fermeture de Guantanamo est complexe (...). En tant que président, je refuse que ce

⁹⁸ Interview disponible sur le site de la chaîne, [<http://www.cbsnews.com/>].

⁹⁹ Voy. D. M. HERSZENHORN, « Funds to close Guantanamo denied », *The New York Times*, 20 mai 2009.

problème pourrisse »¹⁰⁰. Apparemment, ces paroles n'ont pas suffi à rassurer l'écrasante majorité des sénateurs reflétant la peur collective longtemps entretenue par George Bush. Comme l'a indiqué le sénateur John Thune, « le peuple américain ne veut pas voir ces hommes marcher dans les rues à leurs côtés »¹⁰¹. Ce sont donc les incertitudes relatives au devenir des prisonniers, plus que la fermeture en elle-même, qui ont été sévèrement sanctionnées par le Sénat américain.

Dans le même temps, Barack Obama est revenu sur sa volonté d'en finir avec les tribunaux militaires, conscients des problèmes posés par le jugement des actuels détenus. Les procédures, gelées depuis son arrivée à la Maison Blanche, vont sans aucun doute être réactivées. C'est le *Washington Post* qui a révélé le premier ce retour en arrière¹⁰², confirmé par le chef d'exécutif lors de son discours devant les archives nationales précité. Mais, pour maintenir une certaine cohérence avec ses promesses passées, il a indiqué que la procédure devant lesdites commissions seraient améliorées, qu'il fallait « remettre les tribunaux militaires dans le bon droit ». Concrètement, les droits de la défense devraient être renforcés, et les aveux forcés devraient perdre leur force probante. Il est aussi question que les procès devant ces commissions se déroulent sur le sol américain et non plus à Guantanamo. Le chemin de la fermeture, officiellement prévue en janvier 2010, semble donc encore bien long et parsemé d'embûches. Celui parcouru jusqu'à l'*executive order* du 22 janvier dernier n'était peut-être pas le plus difficile, car Barack Obama va devoir s'atteler à une tâche bien plus ardue que ne l'est la signature d'un décret ou des discussions avec le Congrès. Il va devoir convaincre son peuple que le règne de la peur appartient au passé.

¹⁰⁰ Voy. L'intégralité du discours sur [http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09/].

¹⁰¹ Cité in *ibid.*

¹⁰² P. FINN, « Obama set to revive Military Commissions », *The Washington Post*, 9 mai 2009.