Le contrôle par les juridictions américaines de la guerre globale contre le terrorisme : aspects internationaux

Sébastien Botreau-Bonneterre

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6857>

DOI : 10.4000/crdf.6857

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 2008

Pagination : 101-112

ISBN : 978-2-84133-259-5

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Sébastien 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* [En ligne], 6 | 2008, mis en ligne le 11 décembre 2020, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6857> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6857>

Le contrôle par les juridictions américaines de la guerre globale contre le terrorisme : aspects internationaux

Sébastien BOTREAU-BONNETERRE¹

Docteur au Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED) à l'Université de Caen Basse-Normandie
Chargé de mission à l'Institut des droits de l'homme et de la Paix (association de préfiguration)

I. Le droit commun de la guerre contre le terrorisme : le droit humanitaire

- A. Les commissions militaires et l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949
- B. La nouvelle procédure établie à Guantanamo Bay

II. L'inadéquation de la guerre contre le terrorisme

- A. La guerre globale contre le terrorisme, une guerre sans début et sans fin
- B. La troublante absence des droits de l'homme dans l'argumentation de la Cour suprême

Conclusion

We are aware that this judgment of ours does not make confronting that reality any easier. That is the fate of democracy, in whose eyes not all means are permitted, and to whom not all the methods used by her enemies are open. At times democracy fights with one hand tied behind her back. Despite that, democracy has the upper hand, since preserving the rule of law and recognition of individual liberties constitute an important component of her security stance. At the end of the day, they strengthen her and her spirit, and allow her to overcome her difficulties².

Le terrorisme est considéré depuis longtemps par les États comme une pression insidieuse et déstabilisante ; c'était une menace pour les gouvernants, mais qui ne

mettait pas en péril la survie de l'État, en raison de son caractère limité. Toutefois, les spectaculaires attentats du 11 septembre 2001 ont substantiellement modifié la situation. Selon une analyse discutable, le terrorisme apparaît désormais comme une menace à l'existence même de la nation, et ce en raison des caractéristiques apparemment nouvelles qu'il présente. Il n'est plus idéologiquement déterminé, il n'a plus pour objectif immédiat la conquête territoriale. Le terrorisme pratiqué par Al-Qaïda offre ainsi un visage nouveau d'autant plus menaçant qu'il est fuyant. Le caractère flou de ce type de terrorisme paraît inquiétant dans un monde abreuvé d'informations. Face à cette menace, considérée de par ses caractéristiques comme introduisant un nouveau « paradigme »³ des relations

1. L'auteur remercie vivement monsieur Gilles Armand pour la confiance qu'il lui a témoignée.

2. HCJ 5100 / 94 *The Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel*, 53(4) PD 817, 845.

3. Le président Bush utilise ce terme dans un mémorandum en date du 7 février 2002 ayant pour sujet « *humane treatment of al Qaeda and Taliban detainees* » reproduit in K.J. Greenberg, J.L. Dratel, *The Torture Papers, the Road to Abu Ghraib*, Cambridge, Cambridge University press, 2005 (cité désormais *Torture Papers...*), p. 134-135. Le président endossait ainsi la position préconisée par Alberto Gonzalez dans son mémorandum du 25 janvier 2002 ayant pour

internationales, le pouvoir exécutif américain a mis en place un cadre juridique exceptionnel, la « *Global War on Terror* »⁴. Ce cadre s'avère aussi imprécis que la menace qu'il souhaite combattre, évoluant au gré des analyses politiques et juridiques. De par sa construction et les finalités recherchées, il s'avère contraire aux principes fondant jusqu'alors le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire⁵.

L'état d'exception introduit par le gouvernement Bush, loin de constituer une suspension momentanée des règles de droit commun⁶, vise en réalité à reconstruire le droit national et international dans le cadre de plus en plus vague du contre-terrorisme⁷. L'état normal et l'état d'exception se poursuivent ainsi de concert, entretenant des liens de plus en plus étroits. Comme l'exception ne peut s'achever⁸, elle se poursuit indéfiniment, pour vraisemblablement fusionner à terme avec le droit normal, créant ainsi dans celui-ci des statuts juridiques peu conformes aux principes de base. Il s'agit là toutefois d'une hypothèse, la volonté politique pouvant inverser à tout moment un tel processus juridique.

Cette hypothèse trouve une illustration dans une des mesures phares de la guerre contre le terrorisme. Il s'agit de la détention par l'administration militaire américaine au sein de la base de Guantanamo Bay à Cuba de plusieurs dizaines de personnes considérées comme des complices d'Al-Qaïda⁹. La raison d'être de cette détention est de pouvoir disposer de ces personnes afin de les interroger, de les neutraliser et éventuellement de les juger. Pour ces raisons, le traitement infligé à ces personnes est dérogoire du droit commun ; cette situation étant assumée par l'administration américaine en raison du « paradigme » introduit

par les événements du 11 septembre 2001. En conséquence, un droit nouveau, susceptible d'assurer un fondement particulier de la détention, de permettre un traitement spécifique durant ladite détention ainsi qu'une procédure judiciaire adaptée, doit être mis en place.

Un fondement particulier pour la détention est nécessaire car aucune norme, dans le droit interne comme dans le droit international, ne permet, *a priori*, de détenir de cette manière les personnes enfermées à Guantanamo Bay. Un traitement spécifique est requis car la lutte contre le terrorisme nécessite la recherche de renseignements¹⁰. Une neutralisation des suspects s'avère enfin nécessaire pour empêcher la partie adverse de se renforcer, cette neutralisation pouvant prendre la forme soit d'une détention indéfinie soit d'une condamnation judiciaire. Par conséquent, dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, la prohibition des mauvais traitements s'est vue substantiellement assouplie, rappelant en cela les solutions adoptées par Israël, confrontée aux mêmes difficultés. Par ailleurs, le droit à la sûreté est considéré comme secondaire face à l'objectif poursuivi. Enfin, face au souhait de juger ces nouveaux « ennemis du genre humain », la procédure judiciaire a été revue et corrigée¹¹, en ce qu'elle déroge aux principes processuels les plus importants. Ainsi, le droit à un avocat, l'égalité des armes, le droit à un procès équitable sont autant de limites réaménagées. La nécessité ressentie de détenir la personne prime alors sur les impératifs juridiques tenus pourtant comme les plus assurés.

Le droit exceptionnel ainsi mis en place par l'exécutif étatsunien a fait l'objet de plusieurs décisions judiciaires. Dans le cadre d'une démocratie, l'institution judiciaire est censée contrôler dans une certaine mesure l'activité

sujet « *decision re application of the Geneva Convention on prisoners of war to the conflict with al Qaeda and the Taliban* », reproduit in *Torture Papers...*, p. 118-121. Dans ce mémo, le conseiller Gonzales explique que « *the war against terrorism is a new kind of war* » et qu'en conséquence « *this new paradigm renders obsolete Geneva's strict limitations...* » (p. 118). Voir à ce sujet S.P. Marks, « *Branding the "war on terrorism" : is there a "new paradigm" of international law?* », *Michigan state international law review*, 2006, p. 71-119. L'auteur s'avère peu convaincu, et à raison, sur les vertus juridiques de cette notion essentiellement politique.

4. Sur les difficultés que pose cette expression au droit international du recours à la force et du droit international humanitaire, voir la courte conférence prononcée par Mary Ellen O'Connell à l'Institut des hautes études internationales : *International law and the "Global War on Terror"*, Paris, Pédone, 2007, p. 3-53. Voir aussi, pour une vision différente et plus proche des positions des néoconservateurs, A.M. Mcleod, « *The War against terrorism and the "War" against terrorism* », in *Intervention, Terrorism, and Torture*, S.P. Lee (dir.), Dordrecht, Springer, 2007, p. 187-202.
5. Entre le *Military order n° 1* du 13 novembre 2001 et le *Military commission Act* de 2006, le statut des détenus de Guantanamo n'a pas cessé d'évoluer, avec parfois d'importantes variations dans la terminologie employée.
6. Ce qui est l'acception habituelle de l'état d'exception, celle d'une situation dérogeant ou violant une norme en vigueur (voir les développements sur une définition intemporelle de l'état d'exception dans F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 28-29).
7. Voir G. Agamben, *L'état d'exception. Homo Sacer*, Paris, Seuil, 2003, p. 86, thèse 1. Au sujet de la réception par les États-Unis d'Amérique de la notion d'état d'exception, il est intéressant de relever la récente traduction et prise en compte des thèses de Carl Schmitt sur le sujet. Le débat est bien sûr orienté par les exemples de Guantanamo Bay et de l'Irak. Pour une analyse de la conception schmittienne, voir O. Gross et F. Ni Aoláin, *Law in times of crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 162-170.
8. Lors de son célèbre discours déclarant la guerre au terrorisme prononcé le 20 septembre 2001, devant les Chambres réunies, le président Bush expliqua : « *Our war on terror begins with al Qaeda, but it does not end there. It will not end until every terrorist group of global reach has been found, stopped and defeated* » (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>).
9. La majorité des détenus a été capturée en Afghanistan, mais certains proviennent de Bosnie ou du Yémen. Cette diversité illustre la volonté de la part de l'administration américaine de combattre le terrorisme de manière globale.
10. Pour un échantillon de la littérature officielle américaine dans le domaine, cf. président Bush, *Humane treatment of al Qaeda and Taliban detainees*, reproduit in *Torture Papers...* ; W.J. Haynes II, General counsel, Department of Defense, *Potential legal constraints applicable to interrogations of persons captured by US Armed forces in Afghanistan*, mémorandum du 26 février 2002 reproduit in *Torture Papers...*, p. 144-171 ; General J.T. Hill, commander of the JTF 170 (Guantanamo Bay), *Legal review of aggressive interrogations techniques*, mémorandum du 11 octobre 2002 reproduit in *Torture Papers...*, p. 229-235. Les méthodes d'interrogatoire particulièrement agressives employées à Guantanamo n'ont pas fait pour le moment l'objet de décisions particulières de la part de la Cour suprême et ne seront donc pas à ce titre examinées dans ces communications. De manière générale, il existe une certaine réticence des juridictions à examiner cette question, la Haute Cour de Justice israélienne faisant figure d'exception.
11. Avec comme dernière modification, à la suite de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Hamdan vs Rumsfeld* en date du 29 juin 2006 (n° 05-184), le *Military Commission Act* de 2006, ainsi que la refonte du *Manual for Military Commissions*, la nouvelle version datant du 11 janvier 2007.

de l'exécutif. Mais dans la guerre contre le terrorisme, ressentie comme exceptionnelle et requérant en conséquence des moyens extraordinaires, le pouvoir judiciaire a fait montre d'une hésitation certaine pour sanctionner les moyens employés. En effet, la situation d'exception introduite à l'occasion de la guerre contre le terrorisme n'a pas été censurée en tant que telle par les différentes enceintes judiciaires américaines¹². Certains magistrats ont même approuvé sans réserve les raisonnements de l'exécutif. Face aux « cas extrêmes »¹³, le contrôle judiciaire se fait plus souple, voire inexistant.

Le fait n'est guère nouveau : pour la France, il suffit d'évoquer l'exemple de la guerre d'Algérie et du peu d'affaires présentées devant les juridictions militaires durant ce conflit alors même que sévissaient les dispositifs opérationnels de protection et autres centres de recherches et d'action¹⁴. Là encore, le politique et le militaire, avant toutefois de se raviser, avaient réfuté toute application du droit international et construit de bric et de broc un système d'exception qui, au nom d'une légitimité douteuse¹⁵, a broyé des centaines d'individus sur l'autel de la raison d'État. C'est donc tout à l'honneur du système judiciaire américain d'avoir connu de la situation de Guantanamo malgré l'obstruction permanente du gouvernement et d'avoir tenté, imparfaitement, de réguler la situation.

C'est cette première tentative d'encadrement, pour sommaire qu'elle soit, qui est au cœur des présentes lignes. Il s'agit d'examiner de quelle manière la Cour suprême a utilisé le droit international et en particulier le droit international humanitaire dans le cadre des quelques affaires concernant la « *Global War on Terror* » qui lui ont été soumis. Du point de vue du droit international, la discussion sur les détenus de Guantanamo s'est focalisée sur deux points : premièrement le refus de l'application de la troisième convention de Genève de 1949, relative aux prisonniers de guerre¹⁶ ; deuxièmement le refus constant de l'administration Bush d'appliquer le droit international des droits de l'homme.

L'utilisation du droit international comme partie intégrante du contrôle est riche d'enseignements. En effet, la Cour suprême, en examinant les mécanismes de Guantanamo, use du droit international humanitaire d'une manière originale quoique discutable. De plus, elle ignore de manière assez ostensible le droit international

des droits de l'homme, ce qui paraît assez surprenant pour des Européens, habitués aux standards posés par la Convention européenne des droits de l'homme et contrôlés par la Cour européenne des droits de l'homme.

Les effets précédemment décrits attachés à la détention ont conduit les autorités américaines à déborder le cadre de l'Afghanistan. La guerre contre le terrorisme ne se limite pas à Guantanamo Bay, mais, par l'intermédiaire des *extraordinary surrenders*, est susceptible d'affecter toute personne suspecte d'acointance avec les réseaux terroristes. La justice américaine et, au final, la Cour suprême, ont refusé de connaître de cette question. Ainsi, dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, si le pouvoir judiciaire a pu poser à l'occasion quelques limites à la raison d'État, force est de constater que celle-ci dresse de puissantes barrières à l'autorité judiciaire.

I. Le droit commun de la guerre contre le terrorisme : le droit humanitaire

Face à l'impasse juridique dans laquelle se trouvaient les détenus de Guantanamo et aux menaces de jugement qui pesaient sur certains détenus, plusieurs procédures visant à bénéficier des *writ of Habeas Corpus* afin de contester leur détention et les modalités de jugement ont été introduites. En 2004, la Cour suprême a rendu une série de décisions importantes par lesquelles elle permet aux détenus de Guantanamo, entre autres catégories de détenus dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, de saisir les juridictions fédérales. Mais elle ne s'était pas alors prononcée sur le statut même des prisonniers. Ce n'est qu'avec l'arrêt Hamdan du 29 juin 2006¹⁷ que la Cour suprême va apporter les premiers éléments encadrant la « guerre » contre le terrorisme.

A. Les commissions militaires et l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949

Salim Ahmed Hamdan est un ressortissant yéménite, capturé en novembre 2001 en Afghanistan par les milices de l'Alliance et remis aux autorités américaines qui l'ont

12. En particulier, pour la Cour suprême, les fameux arrêts *Rasul vs Bush*, *Padilla*, *Hamdi vs Bush* du 28 juin 2004, ainsi que l'important *Hamdan vs Rumsfeld* du 29 juin 2006.

13. Cf. *Pour une théorie des « cas extrêmes », aux limites du pouvoir juridictionnel*, J. Cantegreil (éd.), Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2006, en particulier p. 61-64, où à l'occasion de l'étude du terrorisme en tant que cas « particulier », il est indiqué que face à des situations extrêmes, les juridictions ont pris des solutions « extrêmes », ce qui implique donc un effort renouvelé de théorisation des mécanismes de prise de décisions judiciaires dans ces circonstances.

14. Sur la guerre d'Algérie, durant laquelle toutes les problématiques de la « Guerre contre le terrorisme » ont été abordées, voire la très intéressante thèse de R. Branche, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie 1954-1962*, Paris, Gallimard, 2001, en particulier p. 170-176 sur le rejet des règles de droit de la guerre au nom de la guerre révolutionnaire.

15. C'est là une des questions soulevées par l'état d'exception, celle de savoir à quel point la légitimité des moyens extraordinaires de la lutte contre la menace exceptionnelle peut transcender la légalité ordinaire : l'interdiction d'user de ces moyens.

16. Toute la construction américaine, loin de se situer hors du droit humanitaire, consiste en réalité à le reconstruire selon les vues du moment. Il s'agit selon l'expression de Philippe Weckel d'édifier « un faux droit de la guerre ». Voir P. Weckel, « Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo », *RGDI*, 106, 2002-2, p. 366. Sur les questions de statut, voir, parmi l'immense bibliographie qui existe sur le sujet, R. Abril-Stoffels, « From Guantanamo to Bagdad. Legal statute and treatment given to the detainees in the "war against terrorism" », in *The new challenges of humanitarian law in armed conflict. In honour of professor Juan Antonio Camillo-Salcedo*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 176-206 ainsi que S. Szurek, « La question du statut des "prisonniers du champ de bataille" », in *Les Nations Unies et l'Afghanistan*, Paris, Pédone, 2003, p. 125-160.

17. Supreme court of United States, *Hamdan vs Rumsfeld*, secrétaire à la défense et autres, arrêt du 29 juin 2006.

envoyé en juin 2002 au Camp X-Ray à Guantanamo Bay. Il semble avoir été le chauffeur et le garde du corps d'Oussama Ben Laden, et c'est à ce titre que, un peu plus d'un an après, l'exécutif américain l'a considéré comme justiciable devant les commissions militaires instituées par la présidence Bush dans son *Military Order n° 1*. Ce n'est toutefois qu'en 2004 qu'il a été informé des charges retenues contre lui devant lesdites commissions.

Les commissions militaires¹⁸ constituent une catégorie particulière de juridictions militaires en ce qu'elles dérogent aux procédures des juridictions militaires américaines de droit commun. Contrairement à une idée reçue, elles sont loin d'être nouvelles. Elles sont apparues lors de la Guerre de Sécession¹⁹ et leurs derniers usages remontent à la Seconde Guerre mondiale²⁰. À l'origine, il s'agissait de juridictions « légères » permettant de rendre justice au plus près des champs de bataille là où les juridictions militaires ordinaires ne pouvaient accomplir leur office en raison des circonstances. Leur jurisprudence est relativement importante²¹.

Le fondement même de la constitution de commissions militaires à Guantanamo Bay laisse dubitatif. Contrairement à ce que prétend la Cour suprême, qui explique que l'institution des commissions militaires à Guantanamo est due à la nécessité, la raison d'être de cette institution militaire doit certainement être trouvée dans la volonté de disposer d'un outil souple permettant de se libérer des exigences de la procédure pénale.

Dès lors, la demande de Hamdan, développée devant les juridictions fédérales, d'être jugé par une cour martiale régulièrement formée se comprend mieux. Il s'assurait ainsi l'application d'un régime procédural lui garantissant le respect de ses droits. Il reprochait en effet à la procédure des commissions militaires de violer le droit constitutionnel américain ainsi que les lois et coutumes de la guerre. En effet, tant le droit militaire que le droit interna-

tional humanitaire prévoient un principe procédural simple, celui de pouvoir connaître et discuter, le cas échéant, les preuves qui lui sont opposées. La première instance donna raison à Hamdan, mais la seconde renversa cette décision et accorda un *satisfecit* complet à l'administration Bush. Le panel, composé entre autres du juge Roberts (devenu depuis juge à la Cour suprême²²), a en particulier considéré que les Conventions de Genève étaient des conventions entre États, donc non invocables par Hamdan, et qu'en tout état de cause, elles ne s'appliquaient pas à Al-Qaïda, en raison du nouveau paradigme introduit par la guerre contre le terrorisme. La Cour suprême eut finalement à trancher le litige. Elle donna raison au demandeur initial sur un certain nombre de points mais pas sur l'objet central de sa requête ; en effet, l'accusé serait jugé non par une cour martiale mais par une commission militaire révisée. Si les commissions militaires, dans leur version d'alors, ne pouvaient juger Hamdan, toutefois en modifiant leur procédure, elles seraient à même de le faire. Les commissions militaires furent en conséquence révisées par le *Military commission Act* de 2006.

Parmi les arguments utilisés par la majorité de la Cour pour invalider la procédure entamée contre Hamdan, il s'en trouve un particulièrement important pour la réflexion sur l'encadrement de la guerre contre le terrorisme : il s'agit de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949²³.

L'article 3 est une disposition élémentaire de protection des individus qui ne participent pas directement aux hostilités dans le cadre bien précis des conflits armés non internationaux. En soi, la disposition est révolutionnaire²⁴, car à l'image du droit international des droits de l'homme, elle ne régit pas les relations interétatiques, mais réglemente les relations d'un État avec ses propres ressortissants en rébellion. L'article 3 commun a été en effet conçu pour régir ne serait-ce qu'*a minima* les guerres civiles²⁵.

18. Sur les commissions militaires et les problèmes que leur procédure soulève, voir T. Bakken, « The prosecution of war crimes : military commissions and the procedural and substantive protections beyond international law », *Fordham international law journal*, 2007, p. 553-575. Voir aussi l'*Agora* consacrée aux commissions militaires dans l'*AJIL*, 2002, p. 320-358.

19. Il existe des précédents de justice militaire expéditive dans l'armée américaine, mais ce n'est que lors de la Guerre de Sécession que la commission militaire a été réellement fondée.

20. Sur les commissions militaires durant la Seconde Guerre mondiale, cf. A. Wigfall Green, « The military commission », *AJIL*, 1948, p. 831-848. Des commissions militaires avaient été envisagées lors de la guerre du Viêt-Nam, mais elles n'ont pas été constituées.

21. Ainsi, entres autres affaires connues en droit international, celle du jugement du général japonais Yamashita condamné à mort par la commission militaire de Manille en raison de son inertie face aux exactions de ses troupes envers les populations civiles (pour un digest de la décision, cf. le document 71 publié par H. S. Levue, « Documents on Prisoners of War », *International laws studies*, vol. 60, p. 294-299). Si l'affaire reste célèbre pour les précisions apportées sur la responsabilité en droit international du supérieur hiérarchique pour des faits commis par ses subordonnés, elle fut aussi l'occasion d'une mise en cause des commissions militaires. Le général Yamashita fit appel de la décision de la commission auprès de la Cour suprême des États-Unis, critiquant en particulier le fait de ne pas avoir bénéficié des dispositions des Conventions de Genève. La pratique de l'époque excluant un tel régime aux criminels de guerre, la Cour suprême rejeta son appel, ce qui suscita l'application de l'article 85 de la troisième Convention de Genève de 1949. Le statut de prisonnier de guerre demeure même si des actes criminels ont été commis avant la capture du combattant. C'était là le refus d'une catégorie particulière de combattants illégaux. Cf. *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. III, J. Pictet (dir.), Genève, CICR, 1958, p. 438-452.

22. Ayant participé dans le cadre de la cour d'appel, il ne vota pas lorsque l'affaire fut tranchée par la Cour suprême. Lors du passage en cour d'appel, il vota contre Hamdan. Comme la décision de la Cour suprême a été votée à une voix, il est possible que cette jurisprudence soit renversée en cas d'affaires similaires présentées à la Cour suprême.

23. Pour une analyse détaillée et critique de l'arrêt Hamdan concernant ce point, voir F. Ní Aoláin, « Hamdan and common article 3 : did the supreme court get it right ? », *Minnesota Law Review*, 2007, p. 1523-1561.

24. Le commentaire à l'article 3 commun commence ainsi : « cet article, commun, aux quatre Conventions de Genève, marque une nouvelle étape dans le développement incessant de l'idée qui est à la base de la Croix-Rouge et dans sa transcription en obligations internationales », in *Commentaires...*, vol. IV, p. 31.

25. Même si, et cela a son importance dans le cadre de la décision Hamdan, l'article ne précise à aucun moment de cette manière son champ d'application, se contentant plus simplement de s'appliquer « en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Haute-Partie contractantes... ».

La disposition, « Convention en miniature »²⁶, reste toutefois assez sommaire. Elle n'énonce en effet que quelques prérogatives fondamentales, en particulier la prohibition de la torture, du meurtre, des mauvais traitements ainsi que des procès arbitraires. Par contre, rien n'est prévu pour réglementer la conduite des hostilités²⁷. L'importance de l'article 3 commun est telle qu'il a été qualifié de considération élémentaire d'humanité²⁸. La Cour suprême s'est plus particulièrement intéressée au paragraphe 1 alinéa d de l'article 3 commun qui prohibe, en tout temps et en tout lieu, « 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 ». Cela n'est pas le cas des commissions militaires instituées par l'*Order n° 1* du président Bush selon la cour souveraine.

Au-delà de l'importante question de la légalité des commissions militaires, la Cour suprême, en décidant de se fonder sur l'article 3 commun, venait de donner enfin un cadre juridique déterminé à la guerre contre le terrorisme. Néanmoins, si cette disposition fournit aux juridictions américaines un cadre de référence pour le contrôle des actes entrepris dans la guerre contre le terrorisme, cette disposition, en raison de sa nature propre et de l'interprétation américaine, se révèle inadaptée dans la majorité des situations de lutte antiterroriste.

De nombreux praticiens ou universitaires ont demandé aux autorités américaines d'appliquer le statut de prisonnier de guerre aux personnes capturées en Afghanistan par les forces de la coalition menée par les États-Unis. Pour refuser cette application, les conseillers du président Bush ont raisonné strictement sur les textes humanitaires, oubliant au passage que le droit international humanitaire est, comme l'a rappelé le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, au bénéfice de l'être humain²⁹. De manière générale,

le raisonnement était le suivant : le conflit en Afghanistan est un conflit international, et non pas un conflit armé non international, ce qui exclut donc l'application de l'article 3 commun. Si c'est un conflit armé international, alors les Conventions de Genève s'appliquent. Toutefois, les membres d'Al-Qaïda ne constituent pas une milice au service des Talibans. Il s'agit donc d'une organisation infra-étatique dont le statut n'est prévu nulle part, en conséquence – expliquent les conseillers du président – les États-Unis sont fondés à établir pour l'occasion un régime sur mesure³⁰. Par ailleurs, si d'aventure on devait retenir une connexion avec les Talibans, et que l'on considère ces derniers comme le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan de l'époque, on pouvait néanmoins leur refuser le statut de prisonniers de guerre. En effet, ils ne remplissent pas les conditions de l'article 4 de la troisième Convention pour être considérés comme combattants éligibles au statut de prisonnier de guerre, en particulier les membres d'Al-Qaïda ne respectent pas les lois et coutumes de la guerre comme en témoignent les attentats du World Trade Center.

La Cour suprême ne suit pas ce raisonnement³¹. Elle affirme son contrôle en se fondant sur le droit international, mais en esquivant la question du statut des prisonniers de guerre. Lors de l'appel, la requête de Hamdan d'appliquer la troisième Convention de Genève de 1949 avait été rejetée. En effet, la cour d'appel avait estimé que la guerre contre Al-Qaïda était un conflit distinct de celui contre les forces talibanes, et qu'il était en soi d'un nouveau type. L'argumentation de la cour d'appel s'avère en réalité proche de celle de l'administration Bush³². La Cour suprême n'accueille pas cette argumentation³³. Elle considère qu'aux termes de l'article 3, les dispositions protectrices de ce dernier visent tous les conflits ne présentant pas un caractère international dès lors qu'ils se produisent sur le territoire d'un des États membres³⁴. En conséquence, au terme d'une

26. *Commentaires...*, vol. IV, p. 38.

27. Ce n'est qu'en 1977 qu'une tentative plus construite de réglementation de conduite des hostilités est tentée, se soldant par un échec. Il s'agit du désormais dépassé second Protocole additionnel aux Conventions de Genève.

28. § 218 : « ... L'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doutes que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits ; il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des « considérations élémentaires d'humanité » (*Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949, p. 22*)... », C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua contre États-Unis)*, arrêt (fond), 1986, § 218.

29. TPIY, Chambre d'appel, *Procureur contre Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 97 : « [...] le développement et la propagation rapides dans la communauté internationale des doctrines des droits de l'homme, en particulier après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, ont apporté des changements significatifs au droit international, en particulier dans l'approche des problèmes qui assaillent la communauté mondiale. Une approche axée sur la souveraineté de l'État a été progressivement supplantée par une approche axée sur les droits de l'homme. Progressivement, la maxime du droit romain *hominum causa omne jus constitutum est* (tout droit est créé au bénéfice des êtres humains) a acquis également un solide point d'ancrage dans la communauté internationale ».

30. Dans le mémorandum du 9 janvier 2002, on constate une exclusion de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève au profit de l'article 2 commun aux mêmes Conventions, en excluant bien évidemment dans la foulée les membres d'Al-Qaïda, comme éligibles au statut de prisonnier de guerre.

31. Elle semble suivre l'opinion de Derek Jinks, qui explique que face aux entités non étatiques l'article 3 est le cadre juridique le plus adapté : D. Jinks, « The applicability of the Geneva Conventions to the "Global War on Terrorism" », *Vancouver Journal of International Law*, 2005-2006, p. 170-195. Le raisonnement serait totalement convaincant s'il n'écartait pas les hypothèses d'application des conflits armés internationaux, en raison des situations d'internationalisation des conflits. L'auteur se caractérise aussi par un rejet de la réciprocité alors que le débat tend au relativisme dans l'application du droit des conflits armés comme dans le droit international des droits de l'homme.

32. C'est l'argument du nouveau paradigme : la guerre globale contre le terrorisme induit de nouvelles catégories de conflits nettement moins favorables aux belligérants capturés.

33. La Cour explique en effet que « *The Court of Appeals thought, and the Government asserts, that Common Article 3 does not apply to Hamdan because the conflict with al Qaeda, being "international in scope," does not qualify as a "conflict not of an international character". That reasoning is erroneous* ».

34. « *Common Article 3, by contrast, affords some minimal protection, falling short of full protection under the Conventions, to individuals associated with neither a signatory nor even a nonsignatory "Power" who are involved in a conflict "in the territory of" a signatory* ».

interprétation littérale du texte, la Cour suprême décide que, Al-Qaïda étant une organisation non étatique, la lutte contre celle-ci est donc de nature non internationale, et puisqu'il s'agit d'une guerre au sens militaire du terme, que c'est donc un conflit armé non international auquel le régime prévu à l'article 3 commun s'applique. Peu importe que Al-Qaïda ne soit pas partie aux Conventions, peu importe que l'on puisse contester aux forces talibanes la qualité de Haute Partie contractante, la Cour estime que les droits garantis à l'article 3 sont applicables aux membres d'Al-Qaïda dans le cadre de la guerre contre le terrorisme.

B. La nouvelle procédure établie à Guantanamo Bay

Au vu de l'application de l'article 3, la réflexion suivante peut être faite : au moment où les États-Unis assèment une interprétation unilatérale du droit international (processus de territorialisation), la Cour, dans le souci de protéger les individus³⁵, procède à une extension de son contrôle en intégrant une disposition fondamentale du droit international humanitaire. Ce faisant, elle est contrainte de réinterpréter le texte et d'en tirer toutes les virtualités, de dépasser le cadre initialement imaginé, celui de la guerre civile, afin de l'appliquer à tout moment et en toute situation aux forces armées américaines. Il s'agit donc en quelque sorte d'une « déterritorialisation » de l'article 3. Par ailleurs, en esquivant toutes les questions afférentes au statut juridique d'Al-Qaïda, la Cour, certes de manière implicite, rejette la désuète condition de réciprocité des engagements que l'exécutif américain voulait remettre en vigueur au nom de la guerre contre le terrorisme.

Toutefois, le fait pour la Cour suprême d'avoir interprété l'article 3 commun comme devant s'appliquer aux *unlawful combatants* entraîne des conséquences intéressantes tant sur le plan de la protection physique³⁶ que sur celui de la procédure³⁷.

Le 7 juillet 2006, le département de la Défense tira les conséquences de l'application de l'article 3 commun aux prisonniers capturés durant la guerre contre le terrorisme, et demanda à toutes les composantes militaires et civiles du ministère de la Défense d'appliquer ladite disposition. Néanmoins, dans le même temps, il déclara que, selon lui, les textes relatifs à l'interrogatoire et à la détention des personnes s'avéraient déjà conformes aux prescriptions de l'article 3 commun ; qu'en réalité, n'étaient concernées que les commissions militaires dans leurs procédures. Or, les commissions militaires devaient être réformées. En effet, l'arrêt Hamdan avait conclu que lesdites commissions ne pouvaient pas être mises en place par le président des États-Unis, même au titre de ses pouvoirs de guerre, mais seulement par le pouvoir législatif³⁸. En conséquence, une importante réforme des commissions militaires eut lieu par le Congrès, qui vivait ses dernières semaines sous majorité républicaine.

L'acte autorisant le jugement par des commissions militaires pour des violations des lois et coutumes de la guerre a été voté le 17 octobre 2006. Cet acte modifie en substance la procédure des commissions militaires afin de l'adapter aux exigences minimales d'un procès équitable. Toutefois, la peine de mort reste de rigueur, et la procédure est globalement moins favorable pour l'accusé que celle qui a cours devant les juridictions militaires ordinaires. Le deuxième point regrettable est le sort réservé aux Conventions de Genève. D'une part, l'acte prévoit qu'elles ne peuvent pas servir de base à une demande d'*habeas corpus* ou à toute autre demande de nature civile. Cette disposition vise à empêcher toute réclamation du statut de prisonnier de guerre ou d'interné civil et des droits afférents auprès des juridictions fédérales. D'autre part, l'acte prévoit l'insertion dans le droit américain des incriminations correspondant aux violations graves de l'article 3 commun, venant ainsi compléter la liste ancienne des incriminations issues des lois et coutumes de la guerre, datant de la Seconde Guerre mondiale³⁹.

35. Au passage, elle invalide les arguments développés par l'administration Bush sur l'idée de paradigme. En effet, en se basant sur le droit international humanitaire existant, elle rejette l'idée que la guerre se soit si profondément transformée que les normes existantes ne seraient plus applicables. En cela, comme le note Fiona Ní Aoláin, « *The court is downplaying the government's core political arguments and is more widely offering a sceptical response to the President's plea of special circumstances. The court implicitly holds that it is unprepared to abandon a law-and-order model of response to terrorism, and that the government's arguments are not persuasive* » (F. Ní Aoláin, « Hamdan and common article 3... », p. 1549-1550).

36. Ainsi, depuis la décision Hamdan, plusieurs initiatives ont eu lieu pour interdire le recours à la torture durant les interrogatoires. Par exemple, la récente tentative de soumettre la CIA aux méthodes militaires en vigueur échoua suite au veto du président Bush. À noter la position très ambiguë du sénateur Mc Cain, seul candidat républicain à l'élection présidentielle et traditionnellement favorable à l'interdiction de la torture pour l'avoir subie au Viêt-Nam, qui a voté contre l'amendement en question (cf. D. Eggen, M.D. Shear, « Vote Against Waterboarding Bill Called Consistent », www.washingtonpost.com, 16 février 2008). Le manuel de l'US Army en question (*Intelligence Interrogation, FM 34-52* publié le 8 mai 1987) précise dès la préface que « [The] principles and techniques of interrogation are to be used within the constraints established by FM 27-10, the Hague and Geneva Conventions, and the Uniform Code of Military Justice (UCMJ) ». Les Conventions prohibant formellement les traitements inhumains, l'article 3 commun élargissant cette interdiction du fait de l'interprétation de la Cour suprême à toutes les catégories de personnels capturés, les interrogatoires doivent se dérouler selon des critères précis développés dans la partie 3 du manuel.

37. La Cour explique ainsi que « *Common Article 3, then, is applicable here and, as indicated above, requires that Hamdan be tried by a "regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples"* ».

38. La Cour conclut qu'au regard du droit international, « *Common Article 3 obviously tolerates a great degree of flexibility in trying individuals captured during armed conflict ; its requirements are general ones, crafted to accommodate a wide variety of legal systems. But requirements they are nonetheless. The commission that the President has convened to try Hamdan does not meet those requirements* ».

39. Par comparaison, le droit pénal français ne comporte pour le moment que l'ordonnance de 1944 sur le jugement des crimes de guerre. Ce texte est inapplicable aux faits commis aujourd'hui, car il ne vise que les actes commis durant le second conflit mondial, faits désormais prescrits. Il ne reste plus qu'à espérer que le projet de loi d'adaptation en droit français des incriminations prévues par le statut de la Cour pénale internationale soit rapidement voté.

Enfin, *last but not least*, l'interprétation des Conventions de Genève et donc de l'article 3 appartient désormais au seul président des États-Unis.

Désormais, la procédure judiciaire apparaît plus clairement, comme l'illustre l'affaire Khadr. Omar Ahmed Khadr est un citoyen canadien, mineur au moment des faits⁴⁰, parti en Afghanistan en juin 2002 pour apparemment rejoindre Al-Qaïda. Le 27 juillet 2002, il est impliqué dans un combat entre son groupe et les forces de la Coalition. Durant ce violent accrochage, deux soldats des forces régulières afghanes ainsi qu'un sergent-chef américain ont péri, tandis que Khadr, gravement blessé, a été capturé par les militaires américains. Une fois guéri, il fut envoyé à Cuba, détenu dans la base de Guantanamo. Le 7 septembre 2004, les membres composant le Combatant Statut Review Tribunal (CSRT) le déclarèrent « *Combatant enemy* » et, en conséquence, décidèrent de son maintien en détention. Par ailleurs, ils l'identifièrent comme étant un membre d'Al-Qaïda. Le CSRT est un organe chargé de déterminer si les personnes détenues à Guantanamo sont des combattants, devant alors rester en détention, ou des personnes qui se trouvaient au mauvais endroit au mauvais moment et devant donc être libérées, ce qui se produit régulièrement. Cet organe semble être une tentative d'application de l'article 5 de la troisième Convention de Genève de 1949, qui prévoit un tribunal en cas de doute sur la qualité des personnes détenues, avec la différence importante que les personnes demeurant à Guantanamo Bay après la décision du CSRT n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre.

Peu de temps après la décision du CRST, Omar Khadr fut accusé de crimes relevant de la compétence des commissions militaires. Le problème est que, dans leur nouvelle version, les commissions militaires ne peuvent juger que des *unlawful enemy combattant*. Les avocats de Khadr firent valoir que ce dernier, au vu de la décision du CRST, n'était qu'un *enemy combattant* et qu'en conséquence il ne pouvait pas être jugé par une commission militaire. Le juge militaire Browback, qui présidait la commission militaire appelée à juger Khadr, fait droit à celui-ci dans une sentence du 29 juin 2007⁴¹. Le gouvernement interjeta alors appel devant la Court of Military Commission Review, organe d'appel des commissions militaires qui rendit sa décision le 24 septembre 2007⁴². Le juge Rolph expliqua en préambule de la décision que celle-ci était importante au sens où il s'agissait de la première interprétation du *Military Commission Act*. De manière générale, la décision se décompose en deux mouvements. La Cour explique dans un premier temps que le droit pénal étant d'interprétation stricte, les commissions militaires ne peuvent

pas juger quelqu'un reconnu comme étant seulement un *enemy combattant*, et donne ainsi raison au juge Browback ainsi qu'aux avocats de Khadr. C'est là une application du principe fondamental de légalité des délits et des peines. Par contre, rajoute-t-elle dans un second temps, les commissions militaires, ayant la compétence de leur compétence, ont un pouvoir de requalification, ce dont s'était abstenu le juge Browback. La décision de la Court of Military Commission Review s'avère donc être une victoire à la Pyrrhus pour le détenu. En effet, Ahmed Khadr doit être rejugé par une commission militaire, pleinement consciente de son pouvoir de qualifier Khadr de « *unlawful enemy combattant* » et donc de le juger.

La distinction entre *enemy combattant* et *unlawful enemy combattant* est explicitée par la Court of Military Commission Review. Cette dernière relève qu'en droit international humanitaire, il existe un privilège de belligérance, c'est-à-dire qu'une personne participant activement aux hostilités, mais dans le respect du droit international humanitaire⁴³, ne saurait être tenue responsable de ses actions militaires. Toutefois, cette personne peut être détenue jusqu'à la fin du conflit : en effet, il s'agit alors d'une rétention visant à amoindrir les forces adverses. Il est symptomatique de voir comment les juges redécouvrent les bases du droit international humanitaire. En effet, le raisonnement qu'ils développent est le processus de construction du statut de prisonnier de guerre dans l'histoire du droit international humanitaire. Toutefois, limités par le mandat judiciaire conféré par le *Military Commission Act* ainsi que par l'*Order n° 1*, les juges n'ont pas pu aller jusqu'au terme de leur raisonnement, et reconnaître le statut de prisonnier de guerre. Une telle reconnaissance aurait battu en brèche la fragile construction juridique de l'administration Bush. De même, la Cour suprême, dans son arrêt Hamdan, en se focalisant sur l'article 3 commun, évite d'affronter de face les incohérences de la guerre contre le terrorisme, mais en soi, l'invocation de l'article n'est pas entièrement satisfaisante.

II. L'inadéquation de la guerre contre le terrorisme

Si les malheureuses limitations induites par le *Military Commission Act* réduisent l'importance de l'article 3 commun et de manière plus générale du droit international humanitaire dans le traitement des prisonniers de Guantanamo, l'invocation de l'article 3 ne saurait être considérée comme réellement satisfaisante. En effet, le droit international humanitaire est loin d'être aussi autonome

40. Le problème de la qualité de mineur, au moment des faits, de Khadr et donc de l'impossibilité de le juger, du moins selon ses avocats, vient d'être soulevé devant la commission militaire qui se propose de le juger. Voir à ce sujet la demande en fin de non-recevoir présentée par les avocats de la défense en raison de l'âge de Khadr au moment des faits (*Defense Motion For Dismissal Due to Lack of Jurisdiction Under the MCA in Regard to Juvenile Crimes of a Child Soldier*, 18 janvier 2008, disponible sur [www.nimj.com/documents/Khadr % 20Child % 20Soldier % 20Motion % 20to % 20Dismiss. pdf](http://www.nimj.com/documents/Khadr%20Child%20Soldier%20Motion%20to%20Dismiss.pdf)).

41. Aff. Khadr, Military juge Browback, *Disposition of prosecution, Motion of reconsideration*, sentence du 29 juin 2007, in [www.scotusblog.com/movabtype/archives/Khadr % 20ruling % 206-29-07.pdf](http://www.scotusblog.com/movabtype/archives/Khadr%20ruling%206-29-07.pdf) (dernière visite le 29 février 2008).

42. CMCR, *États-Unis vs Khadr*, 24 septembre 2007 (www.nimj.com/documents/KhadrCMCR.pdf).

43. Donc en tant que combattant au sens de l'article 4 de la quatrième Convention de Genève. S'il s'agit d'un civil, il perd sa protection de civil durant sa participation directe aux hostilités ainsi que le prévoit l'article 51 § 3 du premier Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève.

que ne semblent l'imaginer les juges de la Cour suprême ou des juridictions inférieures américaines (A). En réalité, il ne fait que compléter le droit international des droits de l'homme (B), d'autant plus que la guerre contre le terrorisme, pour autant que cette expression politique recouvre une réalité juridique, possède plus d'applications civiles que militaires. C'est le cas des *extraordinary surrender* qui s'inscrivent comme les prisonniers de Guantanamo dans le cadre de la « *Global War on Terror* », à ceci près que les juridictions ont, à la différence de Guantanamo, décidé de ne pas exercer leur contrôle, délimitant ainsi l'influence des juridictions dans cette guerre si particulière.

A. La guerre globale contre le terrorisme, une guerre sans début et sans fin

Même si la Cour suprême explique que son utilisation du droit international (comme du droit interne d'ailleurs) ne porte pas sur la possibilité pour l'exécutif de retenir Hamdan⁴⁴ sur la base de Guantanamo, en utilisant l'article 3, elle intègre celui-ci dans ses normes de référence pour contrôler la détention et le jugement des personnes capturées lors des affrontements en Afghanistan. Ce faisant, elle a fait progresser la réflexion sur la guerre contre le terrorisme en donnant un cadre juridique même succinct. En effet, loin de constituer le nouveau paradigme décrété par l'administration Bush en 2001, la lutte anti-terroriste semble s'intégrer dans les régimes juridiques préétablis du droit international humanitaire. Néanmoins, deux questions délaissées par la Cour suprême se posent de manière critique. Il s'agit, d'une part, du début de l'application de ladite disposition, et, d'autre part, de sa fin. Ces deux questions sont déjà très discutées dans le cadre des conflits armés non internationaux classiques. En effet, peu d'États en butte à une rébellion décident de donner un soupçon de légitimité aux groupes auxquels ils font face. Reconnaître l'existence d'un groupe rebelle revient au final à leur reconnaître des droits particuliers, ainsi que d'ailleurs – même si cela est régulièrement oublié – des devoirs particuliers.

D'abord, la question de la qualification semble assez facilement tranchée, l'exécutif américain s'étant prononcé pour une guerre contre le terrorisme. Il n'en reste pas moins que le droit international humanitaire s'applique soit en cas de guerre au sens juridique du terme soit en cas d'effectivité des combats. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas d'un conflit armé non international, où tout repose sur l'effectivité du combat. En ce sens, l'opération de qualification en droit des conflits armés n'est pas qu'une opération formelle dépendant de la seule interprétation de l'État, dans le cas américain par son président comme cela est prévu par le *Military Commission Act*.

Dans le cadre du droit international humanitaire, en 1949, le mot « guerre » a été sciemment remplacé par l'expression de « conflit armé », afin d'étendre l'application du droit international humanitaire le plus largement et de le « dépolitiser ». Désormais, loin de regarder l'existence juridique d'une guerre, le droit international humanitaire s'applique dès qu'existe matériellement un conflit armé. Cette qualification matérielle doit normalement conduire l'autorité judiciaire, dans le cadre d'un contrôle juridictionnel, à apprécier le niveau de violence et l'organisation du groupe non étatique s'opposant à l'État. Les critères matériels restent, il est vrai, assez flous, que ce soit dans le cadre des conflits armés internationaux ou des conflits armés non internationaux⁴⁵. L'aspect international ou non international est fonction de la qualité des opposants, mais en ce qui concerne la notion même de conflit armé, les deux critères retenus pour la qualification sont, d'une part, la violence de l'opposition et, d'autre part, la structure des opposants⁴⁶. Ces deux conditions impliquent une dimension spatiale du combat. Le conflit armé est toujours géographiquement positionné. L'expression « guerre globale contre le terrorisme » est par essence sans frontières, elle est déterritorialisée⁴⁷. Il existe donc un décalage entre la volonté politique de lutter en tout lieu contre Al-Qaïda et le régime juridique choisi par la Cour suprême dans l'affaire Hamdan. L'article 3 ne peut couvrir que les situations dans les zones de conflit répondant aux deux critères et dans lesquelles la force armée américaine est opposée à des éléments non étatiques. Faire

44. Elle explique même qu'une telle rétention est justifiée au regard de l'évaluation par l'exécutif américain de la dangerosité de l'individu : « *We have assumed, moreover, the truth of the message implicit in that charge viz., that Hamdan is a dangerous individual whose beliefs, if acted upon, would cause great harm and even death to innocent civilians, and who would act upon those beliefs if given the opportunity. It bears emphasizing that Hamdan does not challenge, and we do not today address, the Government's power to detain him for the duration of active hostilities in order to prevent such harm. But in undertaking to try Hamdan and subject him to criminal punishment, the Executive is bound to comply with the Rule of Law that prevails in this jurisdiction* ».

45. Dans sa célèbre décision *Tadić* du 25 octobre 1995 précitée, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie explique au § 70 qu'« un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non ». Si la définition a le mérite d'exister, elle ne permet pas de caractériser précisément le niveau de violence nécessaire pour la qualification de conflit armé. Si cela permet d'avoir une application très large de l'article 3, cela ne va pas sans poser quelques difficultés : l'autorité gouvernementale peut toujours discuter de la réalité ou non du niveau de violence.

46. Cf à ce sujet R. Provost, *International human rights and humanitarian law*, Cambridge, Cambridge University press, 2004, p. 266-268. L'auteur traite du sujet dans la partie « areas of legal indeterminacy », et explique p. 268 que les conditions sont vagues, citant après les cas d'application et de non-application de l'article 3. L'État a, en l'absence d'une volonté de la communauté internationale, un rôle fondamental dans l'application du droit des conflits armés non internationaux « de basse intensité », il lui est en effet assez aisé d'en décider ou non l'application selon les nécessités politiques et sécuritaires du moment.

47. Selon l'expression d'Hélène Tigroudja, « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la "guerre contre le terrorisme" ? », *AFDI*, 2002, p. 89.

de l'article 3 un cadre général pour l'emploi de la force revient à institutionnaliser l'état d'exception qu'est censé être le droit international humanitaire et, en réalité, à le dévoyer.

Certes, les techniques de combat ont évolué, et désormais le combat contre les groupes non étatiques se fait à des niveaux de violence relativement faibles. Dans le cadre de la guerre asymétrique telle qu'elle se renouvelle de nos jours, les groupes non étatiques ne peuvent ambitionner la conquête territoriale. Le contrôle effectif d'une zone par un groupe armé constitue désormais un piège mortel pour celui-ci. L'erreur commise à Falloujah en 2004 par la résistance sunnite reste présente dans les mémoires des apprentis rebelles⁴⁸. L'emploi du terrorisme est devenu ainsi l'unique réponse de l'élément faible. Pour atteindre le niveau de violence permettant de décider que l'on est en situation d'application du droit international humanitaire, l'activité terroriste doit être continue et permanente. Sinon le droit applicable n'est autre que le droit international des droits de l'homme. Toutefois, dans le cadre de l'Afghanistan, à côté d'actes terroristes, des heurts militaires ont lieu depuis 2001 entre les factions, ce qui ne laisse aucun doute sur la nature du conflit armé s'y déroulant.

Au regard du droit international humanitaire, la guerre contre le terrorisme ne peut être globale, elle doit être fragmentée, pays par pays. Ce n'est qu'au regard de la situation du théâtre d'opération concerné qu'il pourra être déterminé s'il existe un conflit armé, et si celui-ci est un conflit armé international ou non international. C'est cette opération de qualification que la Cour suprême occulte malheureusement, limitant ainsi la portée de sa jurisprudence. S'il est difficile de contester qu'il existe en Afghanistan une situation de conflit armé, il n'en va pas de même pour tous les théâtres où agissent les forces gouvernementales occidentales dans leur lutte contre le

terrorisme. À côté de ce premier manquement à la logique de l'application de l'article 3 commun, il en subsiste un autre redoutable : le refus par la Cour suprême d'examiner les rapports des Talibans avec les membres d'Al-Qaïda, ces derniers seuls pouvant désormais séjourner à Guantanamo Bay.

Lors de la rédaction de l'article 3, ses conditions d'application ont été conçues comme peu exigeantes⁴⁹ : il suffit qu'il existe un niveau de violence supérieur à celui de troubles à l'ordre public (émeutes...) et une opposition entre un État et une organisation non étatique⁵⁰. Les États-Unis considèrent à ce titre que l'effondrement des tours du World Trade Center suffit à remplir les deux critères. Cela s'avère toutefois discutable, car le niveau de violence n'est guère continu et l'organisation d'Al-Qaïda ressemble par certains égards plus à une nébuleuse qu'à une structure paramilitaire bien déterminée. La volonté réaffirmée par la Cour suprême à la suite de la Cour d'appel dans l'arrêt Hamdan de dissocier le combat contre Al-Qaïda de celui contre les Talibans, si elle vient conforter l'analyse d'un combat spécifique contre le terrorisme, ne saurait toutefois être satisfaisante⁵¹. L'application des règles les plus protectrices, celles d'un conflit armé international, aux Talibans⁵² aurait dû profiter aussi aux membres d'Al-Qaïda capturés en Afghanistan. En effet, il est difficile de croire que ces deux entités n'ont aucun lien. D'autant qu'après avoir justifié par leur relation l'intervention menée par les États-Unis en Afghanistan, l'idée, suggérée par la disjonction des catégories, que ces deux entités se seraient séparées et auraient poursuivi chacune de leur côté la lutte contre la Coalition n'est pas convaincante. Ce raisonnement ne tient que difficilement, particulièrement si l'on considère qu'Al-Qaïda n'a pas d'objectif de conquête du territoire afghan⁵³. Les membres d'Al-Qaïda auraient dû être considérés comme des supplétifs des

48. La guérilla, théorisée à la suite des succès chinois, cubain et vietnamien, se déroule selon un schéma de progression bien identifié. Le guérillero, faible militairement, lance des actions asymétriques pour affaiblir son adversaire tout en se renforçant, afin d'obtenir la décision dans des actions de combat classique, c'est le cas par exemple de Diên Biên Phủ. En 2004, dans le cadre des guérillas irakiennes, certains mouvements sunnites, profitant d'un flottement dans le gouvernement irakien et des revers américains, décidèrent de lancer une vaste offensive dans la ville de Falloujah, première cité libérée. Mais, à peine sortis du bois, les rebelles furent laminés, l'armée américaine s'étant adaptée, au prix de plusieurs entorses au droit international, au conflit asymétrique. Il n'est plus possible en l'état actuel des choses pour la guérilla de venir disputer sur un terrain uniquement militaire la suprématie des armées occidentales, en particulier américaines. Sur la bataille de Falloujah, cf. DREX, *Les fantômes furieux de Falloujah, cahier du retex*, CDEF, Armée de terre, Ministère de la Défense, 2006.

49. Sur la rédaction de l'article 3, voir R. Abi-Saab, *Droit humanitaire et conflits internes*, Paris, Pédone – Institut Henry Dunant, 1986, p. 43-73 et en particulier sur le champ d'application matériel, p. 69-71. L'auteur, dans son exégèse des actes de la Conférence diplomatique de 1949 et des projets du CICR, reste très attaché à la notion de guerre civile ainsi qu'à celle de conflit armé non international. Ceci témoigne que, jusqu'à récemment, l'hypothèse d'une application extraterritoriale de l'article 3 commun n'avait pas été sérieusement envisagée.

50. Dans sa décision *Akayesu*, la première chambre du Tribunal pénal international pour le Rwanda a eu l'occasion de préciser les conditions d'applicabilité de l'article 3 ainsi que du second Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève de 1949 (TPIR, chambre I, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, jugement du 2 septembre 1998, §§ 601-603). Le Tribunal rappelle avec vigueur que l'application de l'article 3 commun comme du second Protocole additionnel ne sauraient être laissées à l'appréciation subjective des parties au conflit.

51. C'est là une observation évoquée par Fionna Ní Aoláin dans son article « Handan and common article 3... », p. 1559-1560.

52. Ainsi que l'a reconnu avec beaucoup de difficultés l'administration Bush.

53. On aurait pu aussi tenter de retenir la théorie du contrôle global par le gouvernement des Talibans sur Al-Qaïda dans le cadre de la qualification du conflit (et non dans la détermination de la responsabilité). Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, après avoir tergiversé, a décidé de retenir le critère du contrôle global pour qualifier d'international un conflit interne dans lequel la partie non internationale agit dans une relation étroite avec un État, celui-ci assurant le contrôle stratégique (coordination des actions militaires, etc.) de la partie non étatique. Cf. TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, jugement du 15 juillet 1999, §§ 84, 92, 131-132, 137 et 141. Il s'agit d'appliquer le critère du contrôle global dégagé par le Tribunal pénal international et confirmé du bout des lèvres par la CIJ dans un récent arrêt (CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du Génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro)*, arrêt (fond) du 26 février 2007, § 405). Toutefois, même la preuve du contrôle global n'est guère aisée à administrer dans des conflits de basse intensité où les groupes localement implantés sont très indépendants des États intéressés au conflit. Dans le cas afghan, rien ne démontre que le gouvernement Taleb avait un contrôle global sur Al-Qaïda, le simple fait d'héberger un groupe, fût-il terroriste, n'entraîne pas un contrôle de nature globale, encore moins effective.

Talibans donc soit comme prisonniers de guerre⁵⁴, soit comme personnes civiles participant illégalement aux hostilités et restant ainsi protégées par les dispositions de la quatrième Convention de Genève de 1949⁵⁵. Mais cela revenait à ruiner les efforts des juristes américains dans l'élaboration d'un cadre particulier à la guerre contre le terrorisme. En qualifiant la situation afghane de conflit armé international, même dans les rapports entre les États-Unis et Al-Qaïda, les prisonniers de Guantanamo devenaient des prisonniers de guerre, avec tous les droits et obligations afférents à ce statut. La Cour suprême devoit donc l'utilisation de l'article 3 commun, afin d'éviter une telle opération de qualification.

Le début des hostilités est relativement simple à déterminer⁵⁶, du moins dans le cadre afghan. Toutefois, la question de la fin du conflit et de la libération des *enemy combatants* demeure sans réponse. Tout conflit armé est censé avoir une fin. Le droit des conflits armés prévoit ainsi qu'à la fin des hostilités actives, les prisonniers sont censés être relâchés, à moins qu'ils ne purgent une peine de prison pour les faits qu'ils auraient commis durant le conflit. C'est l'hypothèse du criminel de guerre, dans laquelle s'insère le *unlawful enemy combatant*, ce qui peut poser des difficultés dans le cadre de la « guerre globale contre le terrorisme ». Le terrorisme international est comme l'Hydre de Lerne ; pour chaque tête coupée, il en repousse une autre, subtilement différente, permettant au monstre de survivre et de conserver intact son pouvoir. Le terrorisme se distingue ainsi de l'action militaire, en ce qu'il tire sa force non de la violence exercée sur les structures militaires mais de la menace de violence qu'il fait peser sur les structures civiles.

La guerre entreprise contre le terrorisme selon les vues du gouvernement Bush ne peut avoir de fin, les actions militaires sont vouées à terme à l'échec. La solution n'est pas dans ce combat hors des règles. Il faut au contraire inscrire le terrorisme dans le cadre juridique initialement élaboré, ne pas laisser les règles filer au gré des heurts avec les nouveaux « ennemis du genre humain ». En choisissant de rester dans le domaine légal, le mode d'action militaire devient exceptionnel comme l'application du droit international humanitaire qui encadre ce type d'action. Le cadre général, usuel de la lutte contre le terrorisme, est l'action policière, encadrée, au niveau international, par le droit international des droits de l'homme. C'est cet aspect qui fait défaut dans l'analyse de la Cour suprême⁵⁷.

B. La troublante absence des droits de l'homme dans l'argumentation de la Cour suprême

Malgré des appels répétés des organes de protection des droits de l'homme⁵⁸ enjoignant l'administration Bush à appliquer les instruments de droit international des droits de l'homme à la guerre contre le terrorisme, les États-Unis se sont toujours montrés rétifs à un tel usage des droits de l'homme. À cet égard, la Cour suprême reste cohérente avec la position de l'exécutif américain. Elle n'a pas voulu se placer sur le terrain des droits de l'homme, préférant rester dans le cadre particulier du droit de la guerre. Pourtant, comme l'a fermement rappelé la Cour internationale de justice dans ses avis *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁵⁹ de 1996 et *Conséquences juridiques de*

54. Toutefois, on retombe dans les difficiles questions de l'application des conditions de l'article 4, A, § 2 de la troisième Convention de Genève de 1949. Est-il possible aujourd'hui d'arborer un signe distinctif ou de porter des armes en évidence dans le cadre des guerres asymétriques ? Le problème avait déjà trouvé un début de réponse avec l'article 44 du premier Protocole de 1977 aux quatre Conventions de Genève, en aménageant les conditions pour la guérilla, toutefois les États-Unis ne sont pas partie au premier Protocole. En plus de la doctrine précitée, pour une vision synthétique présentant les textes et les arguments du secrétaire à la Défense d'alors Donald Rumsfeld, voir J. Elsa, « Treatment of "Battlefield detainees" in the war on terrorism », *CRS Report for Congress*, 11 avril 2002. Sur les conditions, voir en particulier p. 20-28.

55. Si l'on considère qu'il n'existe pas de « lacune » entre les troisième et quatrième Conventions, en bonne logique ce qui n'est pas un combattant au sens de l'article 4 de la troisième Convention de Genève de 1949 est une personne civile au sens de l'article 4 de la quatrième Convention, sachant que cet article définit la personne civile par opposition aux autres catégories existantes. Cette thèse, juridiquement convaincante, est notamment défendue par K. Dörmann, « The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants" », *RICR*, 2003, p. 45-74.

56. Encore que, comme il a été déjà vu, le droit international humanitaire comme le reste du droit international est, dans son utilisation ordinaire, soumis à la bonne volonté des États. Tant qu'il n'existera pas un mécanisme institutionnel de contrôle de l'application du droit international humanitaire, il ne sera pas possible d'obtenir une meilleure application. L'échec de la Commission internationale d'établissement des faits instituée par l'article 90 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 incite au pessimisme quant à une amélioration de cette situation dans les prochaines années. La justice pénale internationale ne saurait remplir efficacement ce rôle, en raison de son but qui est de réprimer les criminels de guerre et non d'apprécier la conduite des États.

57. L'arrêt *Hamdan* ne cite qu'à un seul moment un article de droit international des droits de l'homme, c'est l'article 14 du Pacte international des droits de l'homme, dans la note de bas de page 66 au cœur de l'opinion individuelle du juge Stevens. Celui-ci se base sur l'article 75 du premier Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève de 1949 pour invalider les commissions militaires, et dans la note de bas de page précitée, il renvoie en soutien de l'article 75 à l'article 14 du Pacte, sans plus d'explication.

58. Voir, entre autres, le rapport présenté au Conseil économique et social par L. Zerrougui, L. Despouy, M. Nowak, A. Jahangir, P. Hunt, *Situation des personnes détenues à Guantanamo Bay*, rapport du 27 février 2006 (E/CN.4/2006/120) ainsi que le rapport du 22 novembre 2007 du rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme, A/HRC/6/17/add.3. Et du point de vue doctrinal sur la question, L. Condorelli, P. De Sena, « The relevance of the obligation flowing from the UN Covenant on Civil and political rights to US Courts dealing with Guantanamo detainees », *Journal of international criminal justice*, 2004, p. 107-120.

59. CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, § 25 : « La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au

l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé de 2004⁶⁰, le droit international humanitaire est une branche spéciale au regard du droit commun constitué par le droit international des droits de l'homme⁶¹. Par ailleurs, cette dernière branche reste d'application continue, même en situation de conflit armé, une norme du droit international de droit de l'homme ne cédant le pas que devant une norme issue du droit des conflits armés. En conséquence, les États-Unis restent liés par le droit international des droits de l'homme, même dans le cas de la lutte antiterroriste. Dans le cas précis des États-Unis, ceux-ci sont parties au Pacte international des droits civils et politiques de 1966.

L'absence des droits de l'homme est encore plus béante dans les aspects civils de la guerre contre le terrorisme. Le droit international humanitaire, même dans son aspect le plus fondamental, l'article 3 commun, ne saurait être considéré comme adapté pour régir certaines situations comme les *extraordinary surrender*, le programme des vols secret de la CIA. Dans le cadre de ce programme directement lié à la politique affirmée de guerre contre le terrorisme, la CIA n'agit pas dans le cadre d'un conflit, mais en tant qu'organe civil en charge de récolter des renseignements, nerf de la lutte contre le terrorisme. Le droit applicable n'est alors pas le droit international humanitaire, mais tout simplement le droit international des droits de l'homme, avec ses multiples obligations, en particulier les obligations procédurales d'enquête liées aux articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La persistance des États-Unis à considérer comme non pertinente l'invocation des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme génère des situations dramatiques dont le déroulement est ubuesque. Vouloir se situer délibérément hors du cadre juridique adapté au nom d'une conception agressive de la lutte contre le terrorisme aboutit à se retrouver piégé dans ses contradictions.

L'affaire El-Masri est exemplaire à cet égard, par ailleurs elle illustre la distance entre le droit des droits de l'homme et le droit international humanitaire dans la lutte contre le terrorisme, et enfin sa conclusion malheureuse tempère l'éventuelle foi dans l'efficacité du contrôle judiciaire dans les temps d'exception. Monsieur Khaled El-Masri⁶² est un citoyen allemand d'origine libanaise ; il a été capturé en Macédoine le 31 décembre 2003 alors qu'il y faisait du tourisme. Après plusieurs interrogatoires infructueux, ses ravisseurs l'ont déplacé vers une prison afghane où les sévices reprirent. Khaled El-Masri entama une grève de la faim, exigeant de rencontrer un avocat ou que l'on lui rende sa liberté. Apparemment surpris par cette résistance, les officiels de la CIA décidèrent d'examiner de plus près le passeport du détenu. Ils constatèrent qu'il s'agissait bien de Khaled El-Masri et non d'Al-Masri, présumé leader d'Al-Qaïda en Allemagne. Cinq mois après sa capture, monsieur El-Masri fut relâché. Mais il fut libéré sans un sou, avec juste son passeport au beau milieu de l'Albanie, où des agents de police rendus suspicieux par son attitude hagarde, ses longs cheveux hirsutes et son incapacité à expliquer pourquoi il était là, le prirent pour un terroriste. Dernier coup du sort, monsieur El-Masri, rentrant enfin chez lui en Allemagne, ne retrouva ni sa femme, ni ses cinq enfants. Son épouse, persuadée qu'il avait déserté le domicile conjugal, était repartie dans sa famille au Liban.

Même si monsieur El-Masri a introduit une instance auprès de la cour de district de Virginie en accusant, entrent autres choses, les autorités américaines de l'avoir torturé et de lui avoir infligé des traitements inhumains et dégradants, il n'a cependant pas droit à la justice. En effet, malgré le fait que la CIA ait publiquement avoué son erreur, tant la cour de district que la cour d'appel ont estimé que le secret d'État doit prévaloir, empêchant de déterminer les faits précis qui se sont produits. En conséquence, n'ayant pas de fait à juger, les juridictions ont clos l'affaire. Aux

regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte ».

60. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, § 106 : « De manière plus générale, la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire ».

61. Sur ce point, il existe une littérature très abondante. Outre l'ouvrage de référence de R. Provost, *International human rights and humanitarian law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, on peut consulter avec profit l'article de C. Byron, « A blurring of boundaries : the application of International humanitarian law by Human rights bodies », *Vancouver Journal of International law*, 2006-2007, p. 840-891, qui met en perspective la jurisprudence des organes internationaux. Toutefois l'auteur semble esquiver la question de la résistance naturelle de certains juges internes face au droit international des droits de l'homme, les juridictions américaines ou israéliennes accueillant avec moins de mauvaise volonté des arguments tirés du droit international humanitaire, comme le démontre l'arrêt Hamdan. Dans le domaine de la maîtrise de la force, voir P. Rowe, *The impact of human rights law on armed forces*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, en particulier les chapitres 5 (p. 114-162) et 6 (p. 163-223). Toutefois l'auteur n'envisage pas une utilisation de l'article 3 commun à l'instar de la Cour suprême, mais plutôt l'application de l'article 3 commun dans le cadre d'une rébellion. L'article 3 est bien entendu renforcé des dispositions issues du droit international des droits de l'homme. Voir aussi, dans une perspective de circonstances exceptionnelles, l'ouvrage très complet d'O. Gross et F. Ni Aoláin, *Law in times of crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 326-364 et 385-394.

62. Pour un exposé des faits, voir le mémoire introduit par K. El-Masri devant la US District Court for Eastern District of Virginia, dans l'affaire *El-Masri v. George J. Tenet et autres*. La décision de rejet fut rendue le 12 mai 2006. L'affaire El-Masri est évoquée dans le second rapport Marty du Conseil de l'Europe : D. Marty, *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des États membres du Conseil de l'Europe : second rapport* (Doc. 11302 rév.), <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/fdoc11302.pdf> 11 juin 2007, p. 55-63 avec une analyse serrée des responsabilités des pays européens en cause.

observations de Khaled El-Masri, la cour d'appel du quatrième circuit⁶³ explique que le plaignant a une incompréhension fondamentale des relations entre le judiciaire et l'exécutif⁶⁴. En effet, selon la cour, El-Masri a la vision d'une autorité judiciaire possédant le pouvoir de réprimer les excès de l'exécutif, alors que, selon la juridiction, son rôle est plus modeste, et se borne à décider des cases et controverses. Si c'était un membre de l'exécutif qui était jugé pour des actes officiels, alors la cour n'hésiterait pas, ajoute-t-elle avec cynisme.

Cette affaire illustre l'introduction de la relativité dans le droit pour cause de terrorisme. Aux États-Unis, cela a été introduit par le cadre juridique de Guantanamo. Cela n'est guère nouveau, mais désormais, face au terrorisme, tous les droits semblent être devenus relatifs⁶⁵.

Conclusion

La situation exceptionnelle des prisonniers de Guantanamo ne devrait pas s'éterniser. Au fur et à mesure que le temps passe, des voix toujours plus nombreuses (et surtout influentes) s'élèvent contre cet état des choses⁶⁶. Qu'ils soient libérés ou jugés et condamnés, à un moment que l'on espère proche, les prisonniers seront enfin assurés de leur sort. Plus inquiétant pour l'avenir est le legs juridique de Guantanamo. S'il est encore trop tôt pour

tirer un bilan définitif des « apports » au droit, un certain nombre de points peuvent être d'ores et déjà relevés. D'une part, la notion de combattant va assurément évoluer dans les prochaines années. Le statut mis au point en 1977 pour les guérilleros se révèle d'une application malaisée dans les conflits contemporains, fortement marqués par l'asymétrie. La tentation de nier toute protection aux membres des groupes terroristes est très forte, l'expression « *unprivileged combatants* » risque de contaminer le vocabulaire militaire. D'autre part, il reste à espérer que la justice militaire poursuive dans la voie de sa « lente civilisation ». Si les *Military Commissions* vont demeurer dans l'arsenal juridique américain, leur utilisation devrait être de plus en plus réduite. L'extension de la juridiction, l'application des exigences du droit à un procès équitable imposent une relecture de ces organes juridictionnels d'autant plus que dans le monde de l'information, la délocalisation de juridictions spéciales ne s'impose plus autant qu'auparavant.

Un effet paradoxal de la situation de Guantanamo est d'avoir sensibilisé une partie importante de la population mondiale aux problèmes du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Ainsi la plus flagrante des violations du droit international humanitaire a pu faire avancer la cause de celui-ci, c'est peut-être son seul mérite.

63. United States Court of Appeals for the fourth circuit, *Khaled El-Masri v. United States of America et autres*, arrêt du 2 mars 2007.

64. *Ibid.*, p. 20 : « *El-Masri's position in that regard fundamentally misunderstands the nature of our relationship to the executive branch. El-Masri envisions a judiciary that possesses a roving writ to ferret out and strike down executive excess. Article III [de la Constitution], however, assigns the courts a more modest role: we simply decide cases and controversies* ».

65. Après tout, lors d'une conférence à Ottawa le 16 juin 2007, Antonin Scalia, juge à la Cour suprême, faisait l'apologie des manières brutales qu'avait Jack Bauer pour extorquer quelques renseignements susceptibles de lui permettre d'arrêter les terroristes menaçant les États-Unis. Voir à ce sujet C. Freeze, « What would Jack Bauer do ? », www.theglobeandmail.com, 16 juin 2007. Le juge Scalia était dissident dans l'affaire Hamdan.

66. Les positions des différents candidats à l'élection présidentielle de 2007 semblent aller dans cette voie.