

## DE LA RAISON DU PLUS FORT OU COMMENT LES ÉTATS-UNIS ONT (RÉ)INVENTÉ LE DROIT INTERNATIONAL ET LEUR DROIT CONSTITUTIONNEL

par

**Sarah Pellet**

Chargée de Mission à la CNCDH\*

**Résumé :** L'intervention armée des États-Unis sur le sol afghan à la suite des attentats du 11 septembre a abouti à ce que tous s'accordent pour considérer la situation comme un conflit armé international régi par les Conventions de Genève de 1949. Pourtant, le traitement, par les autorités américaines, des personnes faites prisonnières au cours de ce conflit - et qui sont actuellement détenues sur la base américaine de Guantánamo - est très préoccupant eu égard aux violations du droit international et du droit constitutionnel américain qu'il engendre.

**Abstract :** After the attacks of September 11, the US armed intervention in Afghanistan resulted in a international armed conflict to which the 1949 Geneva Conventions apply. However, the treatment of the people arrested during this conflict – and who are currently detained on the US Base at Guantánamo – calls for careful scrutiny of the international and the US constitutional law violations to which it gives rise.

### INTRODUCTION

Les attaques du 11 septembre 2001 à New York, à Washington et en Pennsylvanie ont profondément marqué les esprits. Tous s'accordent pour considérer qu'il y aura désormais un « avant 11 septembre » et un « après 11 septembre ». Les implications de ces attaques ont été considérables du point de vue du droit international, notamment compte tenu de l'analyse de la situation par le gouvernement américain.

Au lendemain des événements du 11 septembre 2001, plusieurs spécialistes sont intervenus pour s'indigner contre la position américaine considérant les actes terroristes comme des actes de guerre<sup>1</sup>. Pourtant, force est de constater que les développements ultérieurs ont abouti à modifier drastiquement cette position puisque la résolution 1368 du Conseil de sécurité adoptée le 12 septembre 2001, qui qualifie les actes terroristes de « menaces à la paix et à la sécurité internationales », reconnaît le « droit inhérent de légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte [des Nations Unies] »<sup>2</sup>.

Dès lors, l'intervention armée des États-Unis sur le sol afghan a abouti à ce que tous s'accordent pour considérer la situation comme un conflit armé international régi, en conséquence, par les Conventions

---

\* Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme. Les opinions exprimées ici sont personnelles et ne sauraient refléter celles de la CNCDH.

<sup>1</sup> Voir *inter alia*, PELLET (A.), "Non, ce n'est pas la guerre !", *Le Monde*, vendredi 21 septembre 2001. Voir également les développements contenus dans le Forum du *European Journal of International Law*, à l'adresse : <[http://www.ejil.org/forum\\_WTC/index.html](http://www.ejil.org/forum_WTC/index.html)>.

<sup>2</sup> Résolution 1368 (2001) adoptée le 12 septembre 2001 par le Conseil de sécurité, disponible sur le site Internet des Nations Unies, à l'adresse : <<http://www.un.org/french/docs/sc/2001/res1368f.pdf>>. Voir aussi DUPUY (P.-M.), « The Law after the Destruction of the Towers », *European Journal of International Law*, Discussion Forum on "The Attack on the World Trade Center: Legal Responses", disponible sur le site du *European Journal of International Law*, à l'adresse : <[http://www.ejil.org/forum\\_WTC/ny-dupuy.html](http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-dupuy.html)>.

de Genève de 1949<sup>3</sup>. Pourtant, le traitement, par les autorités américaines, des personnes faites prisonnières au cours de ce conflit et qui sont actuellement détenues sur la base américaine de Guantánamo est très préoccupant eu égard aux violations flagrantes du droit international qu'il engendre (I). De plus, le *Military Order* du 13 novembre 2001<sup>4</sup> laisse présager que les suites judiciaires auxquelles nombre de ces prisonniers vont devoir faire face ne feront que confirmer cet état de fait (II).

## I. - LE STATUT DES DÉTENUS DE GUANTÁNAMO EN DROIT INTERNATIONAL

La question du statut des personnes détenues sur la base de Guantánamo<sup>5</sup> amène les États-Unis à nier toute applicabilité au droit international humanitaire (B) en dépit de la clarté de ce dernier (A).

### A. - Le droit de Genève

La IIIe Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre est la seule applicable en l'espèce puisque ni l'Afghanistan ni les États-Unis n'ont ratifié le Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux<sup>6</sup>.

L'article 2 de la IIIe Convention régissant ses conditions d'application stipule que :

« En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ».

Ainsi, l'existence d'un conflit armé international est la seule condition à l'application de la IIIe Convention de Genève. Dans le cas d'espèce, et ce même si le gouvernement taliban n'a jamais été reconnu par les États-Unis, l'intervention militaire américaine sur le sol afghan, implicitement autorisée par la résolution 1368 du Conseil de sécurité, peut être considérée comme remplissant cette condition puisque, selon le Comité International de la Croix Rouge (CICR), « [t]out différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2 [commun aux quatre Conventions de Genève], même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance »<sup>7</sup>.

En ce qui concerne la qualité de prisonnier de guerre, l'article 4 dispose que :

<sup>3</sup> Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, du 12 août 1949, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 75, p. 31 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, du 12 août 1949, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 75, p. 85 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 75, p. 135 [ci-après IIIe Convention de Genève] ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 75, p. 287 [ci-après IVe Convention de Genève]. L'article 2 commun de ces conventions dispose ainsi qu'elles s'appliquent notamment « en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ». Le texte des conventions est disponible sur le site Internet du CICR, à l'adresse : <[http://www.icrc.org/fre/parties\\_cg](http://www.icrc.org/fre/parties_cg)>. Voir également PELLET (A.), "Malaise dans la guerre : à quoi sert l'O.N.U. ?", *Le Monde*, 15 novembre 2001, disponible sur Internet à l'adresse : <<http://www.lemonde.fr/article/0,5987,3232--243939-00.html>>.

<sup>4</sup> Military Order of November 13, 2001, *Federal Register*, vol. 66, Number 222, Presidential Documents, November 16, 2001, pp. 57833-57836. Texte disponible en tant que communiqué de presse sur le site Internet de la Maison Blanche, à l'adresse : <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>>. Pour une présentation succincte mais très complète, voir YOUNG (S.), « United States Military Commissions : A Quick Guide to Available Resources », disponible sur le site *LLRX.com* à l'adresse : <<http://www.llrx.com/features/military.htm>>.

<sup>5</sup> Le sort des personnes détenues en Afghanistan et en d'autres lieux est tout aussi préoccupant mais par souci de concision nous ne traiterons pas ce sujet dans cet article.

<sup>6</sup> L'Afghanistan a ratifié la IIIe Convention de Genève, sans réserves, en 1956. Les États-Unis ont fait de même en 1955, sans réserves ni déclarations interprétatives. En effet, si les États-Unis ont émis 2 réserves lors de la ratification des Conventions de Genève, elles ne portent pas sur la IIIe Convention.

<sup>7</sup> PICTET (J. S.) (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, IV – La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956, p. 26. Voir les commentaires du CICR sur l'article 2 de la IVe Convention de Genève disponible sur le site du CICR, à l'adresse : <<http://www.cicr.org/dih.nsf/e6e558c87e3c38c44125673c0045870a/cd118c90b2fd0c27c12563bd002cef5d?OpenDocument>>.

« A. Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi :

- 1) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ;
- 2) les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :
  - a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
  - b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance;
  - c) de porter ouvertement les armes ;
  - d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ;
- 3) les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice ; [...] ».

Ainsi, en vertu des alinéas 1 et 3 de cet article, tout laisse à penser que les combattants de l'armée régulière talibane sont des prisonniers de guerre. En ce qui concerne les membres d'Al Qaida, non afghans, l'alinéa 2 doit permettre lui aussi de les considérer comme bénéficiant du statut de prisonnier de guerre. L'interprétation de cet alinéa par le CICR ne fait pas obstacle à cette application, puisque selon lui :

« Les personnes qui appartiennent à une organisation militaire ou à un mouvement de résistance organisé constitués en territoire occupé pour lutter contre la Puissance occupante et exerçant un contrôle effectif sur ses formations et unités subordonnées, à condition :

- a) que le Gouvernement ou les Autorités responsables dont se réclame cette organisation aient notifié à la Puissance occupante, par une voie lui permettant de recevoir des communications et d'y répondre, l'entrée en lutte de ladite organisation ainsi que le signe distinctif porté par ses membres ;
- b) que les membres de cette organisation soient placés sous les ordres d'un chef responsable; qu'ils portent de manière constante un signe distinctif fixe, reconnaissable à distance ; qu'ils portent ouvertement les armes; qu'ils se conforment aux lois et coutumes de la guerre et traitent selon les dispositions de la présente Convention les ressortissants de la Puissance occupante tombés en leur pouvoir »<sup>8</sup>.

Et quand bien même pourrait surgir un doute sur l'application du statut de prisonniers de guerre au membres d'Al Qaida, l'article 5 de la IIIe Convention de Genève stipule que :

« S'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent ».

Plusieurs interrogations subsistent quant aux notions de « doute » et de « tribunal compétent ». En ce qui concerne cette dernière, les commentaires du CICR précisent que :

« A Genève, en 1949, un premier amendement substitua à l'expression d'« autorité responsable » la désignation plus précise d'un tribunal militaire. Cette modification se justifiait par le fait que des décisions qui peuvent avoir les conséquences les plus graves ne devaient pas être laissées à l'appréciation d'une seule personne, parfois de grade très modeste. Un tribunal était qualifié pour en connaître; ceux qui prennent part aux combats sans en avoir le droit sont, en effet, passibles de peines judiciaires pour homicide prémédité, ou tentative d'homicide prémédité et la peine peut aller jusqu'à l'exécution

<sup>8</sup> PICTET (J. S.) (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, IV – La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956, p. 62. Voir les commentaires du CICR sur l'article 4 de la IVe Convention de Genève disponibles sur le site du CICR, à l'adresse : <http://www.cicr.org/dih.nsf/e6e558c87e3c38c44125673c0045870a/1f36b9280bfa6c63c12563bd002caa2f?OpenDocument>.

capitale. Cette solution, pourtant, n'alla pas sans objections, car traduire quelqu'un devant un tribunal militaire peut éventuellement entraîner pour lui des conséquences aussi graves que la privation du bénéfice de la Convention. Aussi, les rédacteurs ont-ils apporté une nouvelle modification au texte de Stockholm en stipulant que les personnes dont la situation était incertaine seraient déférées à un 'tribunal compétent' et non plus expressément à un tribunal militaire »<sup>9</sup>.

En revanche, en ce qui concerne la notion de « doute », les commentaires du CICR ne fournissent aucune indication. Ce silence est probablement à l'origine de l'interprétation qu'en font les États-Unis, mais ne saurait la justifier<sup>10</sup>. C'est d'ailleurs ce que semble sous-entendre la Commission inter-américaine des droits de l'homme dans sa décision du 12 mars 2002. En effet, statuant sur une demande de mesures conservatoires émanant du *Center for Constitutional Rights*, la Commission a ainsi déclaré :

« [...] according to international norms applicable in peacetime and in wartime, such as those reflected in Article 5 of the Third Geneva Convention and Article XVIII of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, a competent court or tribunal, as opposed to a political authority, must be charged with ensuring respect for the legal status and rights of persons falling under the authority and control of a State. [...] On this basis, the Commission hereby requests that the United States take the urgent measures necessary to have the legal status of the detainees at Guantánamo Bay determined by a competent tribunal »<sup>11</sup>.

Si les États-Unis permettaient à un tribunal compétent de se prononcer sur le statut des membres d'Al Qaida et que ce tribunal leur refusait la qualification de prisonniers de guerre, dès lors, ils bénéficieraient des garanties prévues dans la IV<sup>e</sup> Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Pourtant, à cet égard, un autre problème pourrait se poser. Une juridiction américaine pourrait interpréter le transfert de membres d'Al Qaida d'Afghanistan vers Guantánamo comme rendant obsolète la protection prévue par la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. En effet, s'il est certain que celle-ci s'applique dans le cadre du conflit armé international sur le sol afghan, la situation qui prévaut sur le sol américain est tout autre.

L'accord bilatéral de 1903 conclu entre la République de Cuba et les États-Unis dispose en effet, dans son article III que :

« While on the one hand the United States recognizes the continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba over the above described areas of land and water, on the other hand the Republic of Cuba consents that during the period of occupation by the United-States of said areas under the terms of this agreement the United States shall exercise *complete jurisdiction* and control over and within said areas [...] »<sup>12</sup>.

La base américaine est donc régie par les mêmes lois que celles qui s'appliquent au territoire américain. Une juridiction américaine pourrait alors décider que l'article 3 commun aux Conventions de Genève ne trouve pas à s'appliquer puisque le sol américain n'abrite ni conflit armé international ni conflit armé interne. Ainsi, ces détenus ne bénéficieraient d'aucune garantie du droit humanitaire et

<sup>9</sup> PICTET (J. S.) (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, IV – La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956, p. 86. Voir les commentaires du CICR sur l'article 5 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève disponible sur le site du CICR, à l'adresse :

<<http://www.cicr.org/dih.nsf/e6e558c87e3c38c44125673c0045870a/23f9160864fe2e85c12563bd002cad94?OpenDocument>>.

<sup>10</sup> Voir *infra*, I. B.

<sup>11</sup> Organization of American States, Inter-American Commission on Human Rights, *Detainees at Guantánamo Bay*, Washington, D.C. 20006 U.S.A., March 12, 2002 (souligné par nous). Les États-Unis avaient 30 jours pour répondre à cette décision. Cependant, force est de constater que les autorités américaines n'ont pas répondu et agissent donc en violation de leurs obligations internationales. Il est également significatif de noter que le *Center for Constitutional Rights* mis à part, cette décision n'a reçu presque aucune publicité, si ce n'est une dépêche de l'AFP en anglais, et des échos sur les sites de divers ONGs. Voir par exemple *Human Rights Watch*, « OAS Urges U.S. to Reverse Detainees Decision », disponible sur Internet à l'adresse : <<http://hrw.org/press/2002/03/oas031502.htm>>.

<sup>12</sup> Voir Agreement between the United States of America and the Republic of Cuba for the lease (subject to terms to be agreed upon by the two governments) to the United States of lands in Cuba for coaling and naval stations, signed in Havana, February 16, 1903, and at Washington on February 23, 1903, continued in effect by treaty of May 29, 1934, *Bevans*, vol. 6, pp. 1113-1115 (souligné par nous).

verraient leurs droits réduits<sup>13</sup>, phénomène décrit par Theodor Meron depuis le début des années 80<sup>14</sup> et auquel aucune solution satisfaisante n'a été apportée jusqu'à présent.

## B. - L'interprétation américaine

L'Administration Bush soutient que les combattants du régime taliban bénéficient de la protection de la IIIe Convention de Genève mais ne peuvent se voir appliquer le statut de prisonniers de guerre. En revanche, elle refuse d'appliquer cette convention aux miliciens d'Al Qaida puisqu'elle considère qu'Al Qaida est « a foreign terrorist group »<sup>15</sup>. Cette interprétation revient sur celle qui prévalait jusqu'alors et qui consistait à considérer tous les prisonniers, afghan ou étrangers, comme des « combattants illégaux » ou « détenus du champ de bataille ». Cette qualification n'est pas reconnue dans les conventions de Genève mais revêt une signification particulière en droit américain. La Cour Suprême des États-Unis a défini cette notion à propos de nazis infiltrés sur le territoire américain pendant la Seconde Guerre Mondiale<sup>16</sup>.

Le CICR ne paraît pas partager cette interprétation puisque dans un communiqué de presse du 9 février 2002 celui-ci écrit :

« Le droit international humanitaire prévoit que les membres des forces armées, de même que les membres des milices faisant partie de ces forces armées, qui sont capturés par l'adversaire dans un conflit armé international sont protégés par la IIIe Convention de Genève. Les avis divergent entre les États-Unis et le CICR quant aux procédures à appliquer pour déterminer que les personnes détenues n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre. Les États-Unis et le CICR poursuivront le dialogue sur cette question »<sup>17</sup>.

Celui-ci précise également qu'il « reste fermement convaincu que le respect du droit international humanitaire ne constitue en aucune façon un obstacle à la lutte contre la terreur et le crime. Le droit international humanitaire accorde à la puissance détentrice le droit de poursuivre en justice les prisonniers de guerre soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou tout autre délit avant ou pendant les hostilités »<sup>18</sup>. Dès lors, permettre à tous les détenus de Guantánamo de bénéficier, en application du droit humanitaire, du statut de prisonnier de guerre n'empêcherait pas les États-Unis de les juger pour les infractions de droit commun dont ils se seraient rendus coupables avant ou pendant les hostilités sous réserve de respecter l'article 99 de la IIIe Convention de Genève<sup>19</sup> et plus généralement le chapitre III de cette Convention.

L'interprétation actuelle de l'Administration Bush revient également sur les positions américaines qui prévalaient jusqu'alors. Par exemple, en 1987, Michael Matheson, alors conseiller juridique adjoint du Ministère des affaires étrangères américain écrivait :

<sup>13</sup> En tout état de cause, voir *infra*, II. B.

<sup>14</sup> Voir MERON (T.), "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, pp. 589-606 ; "Towards a Humanitarian Declaration of Internal Strife", *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, pp. 859-868 ; "On a Hierarchy of International human Rights", *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 1-23 ; "The Geneva Conventions as Customary Law", *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 348-370 ; MERON (T.) and ROSAS (A.), "A Declaration of Minimum Humanitarian Standards", *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 375-381 ; EIDE (A.), ROSAS (A.) and MERON (T.), "Combating Lawlessness in Gray Zone Conflicts Through Minimum Humanitarian Standards", *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, pp. 215-223.

<sup>15</sup> Voir *Fact Sheet, Status of Detainees at Guantanamo*, Communiqué de la Maison Blanche du 7 février 2002 disponible à l'adresse : <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/print/20020207-13.html>>.

<sup>16</sup> Voir affaire *Ex parte Quirin*, *United States Reports*, vol. 317, 1942, p. 1.

<sup>17</sup> CICR, communiqué de presse 02/11 du 9 février 2002. Disponible sur le site Internet du CICR <<http://www.cicr.org>>.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Article 99 : « Aucun prisonnier de guerre ne pourra être poursuivi ou condamné pour un acte qui n'est pas expressément réprimé par la législation de la Puissance détentrice ou par le droit international qui sont en vigueur au jour où cet acte a été commis.

Aucune pression morale ou physique ne pourra être exercée sur un prisonnier de guerre pour l'amener à se reconnaître coupable du fait dont il est accusé.

Aucun prisonnier de guerre ne pourra être condamné sans avoir eu la possibilité de se défendre et sans avoir été assisté par un défenseur qualifié ».

« [...] we [the United States] do support the principle that, should any doubt arise as to whether a person is entitled to combatant status, he be so treated until his status has been determined by a competent tribunal, as well as the principle that if a person who has fallen into the power of an adversary is not held as a prisoner of war and is to be tried for an offense arising out of the hostilities, he should have the right to assert his entitlement before a judicial tribunal and to have that question adjudicated »<sup>20</sup>.

Ainsi, si le droit international paraît très clair, les États-Unis refusent de l'appliquer, mettant en danger la cohérence d'un système universellement reconnu<sup>21</sup>. Et il semble que les suites judiciaires prévues en ce qui concerne les prisonniers détenus sur la base de Guantánamo ne fassent que confirmer cette volonté américaine de ne pas respecter ses engagements internationaux et plus encore d'agir en violation de sa propre Constitution.

## II. - LE MILITARY ORDER DU 13 NOVEMBRE 2001

Le *Military Order* du 13 novembre 2001 du Président Bush, qui permet de soumettre les personnes détenues sur la base de Guantánamo à la juridiction de tribunaux militaires d'exception (*military commissions*), soulève des problèmes d'ordre constitutionnel et international au regard des obligations auxquelles sont soumis les États-Unis.

### A. - Les violations constitutionnelles

En vertu du cinquième Amendement à la Constitution américaine, « [n]ul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public [...] »<sup>22</sup>. Or, les détenus de Guantánamo, auxquels les États-Unis refusent de reconnaître le statut de prisonnier de guerre, sont donc *de facto* renvoyés au statut de simples personnes civiles auxquelles doivent s'appliquer les prescriptions du cinquième Amendement. L'argument selon lequel des terroristes étrangers peuvent être attraites devant des cours martiales puisqu'un militaire américain est lui-même soumis à une juridiction militaire ne saurait donc trouver de fondement en droit américain. En effet, la Constitution américaine, si elle reconnaît la compétence de juridictions militaires sur des militaires américains, n'autorise en aucun cas l'organisation de procédures militaires à l'encontre de personnes civiles suspectées d'avoir commis des actes terroristes ou d'autres crimes de droit commun. De surcroît, le *Military Order* du 13 novembre 2001 ne contient même pas les garanties dont bénéficie tout militaire américain accusé devant une cour martiale.

De plus, la Cour Suprême des États-Unis a déclaré de façon non équivoque que des personnes civiles ne pouvaient en aucun cas être attraites devant une juridiction militaire d'exception dès lors que les juridictions de droit commun étaient en état de fonctionner normalement<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> MATHESON (M. J.), « The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 protocols additional to the 1949 Geneva Conventions: Remarks », *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, 1987, pp. 425-426.

<sup>21</sup> Les Conventions de Genève du 12 août 1949 ont, à ce jour, été ratifiées par 190 États.

<sup>22</sup> Souligné par nous. Version française disponible sur le site Internet du Département d'Etat américain, à l'adresse : <<http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/constfr.htm>>.

<sup>23</sup> En cas de conflit armé interne, voir affaire *ex parte Milligan*, *United States Reports*, vol. 71, 1866, p. 1 et en cas de conflit armé international, voir affaire *Duncan v. Kahanamoku*, *United States Reports*, vol. 327, 1946, p. 304. Dans ces affaires, la Cour Suprême a explicitement rejeté la volonté de l'exécutif d'attirer des personnes civiles devant des juridictions militaires d'exception et ce tant pendant la guerre de sécession que pendant la Seconde Guerre Mondiale, considérant que ces décisions étaient contraires à la Constitution des États-Unis. La Cour Suprême a ainsi déclaré dans l'affaire *Milligan* que : « By the protection of the law human rights are secured; withdraw that protection, and they are at the mercy of wicked rulers, or the clamor of the excited people. If there was law to justify this military trial, it is not our province to interfere; if there was not, it is our duty to declare the nullity of the whole proceedings. The decision of this question does not depend on argument or judicial precedents, numerous and highly illustrative as they are. These precedents inform us of the extent of the struggle to preserve liberty and to relieve those in civil life from military trials. The founders of our government were familiar with the history of that struggle [...]. Time has proved the discernment of our ancestors [...]. Those great and good men foresaw that troublous times would arise, when rulers and people would become restive under restraint, and seek by sharp and decisive measures to accomplish ends deemed just and proper; and that the principles of constitutional liberty would be in peril, unless established

Le *Military Order* ne s'applique pas aux citoyens américains<sup>24</sup> mais aucune base constitutionnelle ne saurait justifier que les étrangers ne bénéficient pas des mêmes droits constitutionnels que les Américains dans le cadre d'une procédure pénale. Ainsi, la Cour Suprême des États-Unis a déclaré qu'une loi qui avait pour effet de condamner les immigrés chinois en situation irrégulière sur le territoire américain à un an de travaux forcés sans procès était inconstitutionnelle<sup>25</sup>. Dans un jugement postérieur, la Cour Suprême a explicité sa jurisprudence en déclarant que « Under our law, the alien in several respects stands on an equal footing with citizens [...]. [I]n criminal proceedings against him, he must be accorded the protections of the Fifth and Sixth Amendments »<sup>26</sup>.

De plus, le *Military Order* soustrait à la compétence des juridictions de droit commun des faits qui sont de leur ressort, en violation de l'article III de la Constitution américaine. Cet article stipule en effet que « [l]e pouvoir judiciaire des États-Unis sera conféré à une Cour suprême et à telles cours inférieures dont le Congrès pourra de temps à autre ordonner l'institution. Les juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leurs charges aussi longtemps qu'ils en seront dignes et percevront, à échéances fixes, une indemnité qui ne sera pas diminuée tant qu'ils resteront en fonctions. (...) »<sup>27</sup>. Les crimes tombant sous le coup de cet article recouvrent les crimes fédéraux. Trois exceptions à ce principe sont prévues : les cours territoriales, les cours martiales et les affaires impliquant des *public rights*. Les juridictions militaires d'exception prévues dans le *Military Order* ne sont pas des cours martiales puisque les garanties prévues ne sont pas équivalentes à celles prévues dans le Code de justice militaire américain (*Uniform Code of Military Justice*). De plus, en l'espèce, elles ne jugeront pas des militaires mais des personnes civiles. En créant de toute pièce des juridictions compétentes pour juger des personnes civiles accusées d'avoir commis des crimes fédéraux, le pouvoir exécutif viole l'article III puisque celui-ci stipule que seul le Congrès a le pouvoir de créer des cours fédérales.

Les garanties fondamentales en matière judiciaire ne sont pas respectées dans le *Military Order* ni *a fortiori* par les règles de procédure applicables par les juridictions militaires d'exception<sup>28</sup>. L'acte d'accusation n'est pas décidé par le *grand jury*, le jury n'a pas vocation à intervenir dans la procédure prévue, la présomption d'innocence n'est pas respectée, le droit de ne pas témoigner contre soi n'est pas prévu, l'accusé ne peut pas choisir un avocat, le droit d'accès aux pièces à charge n'est pas prévu, rien ne prévoit que le doute raisonnable bénéficie à l'accusé, la possibilité d'appel de la décision n'existe pas, les textes régissant la preuve ne sont pas fixés, le droit applicable reste inconnu mais il ne saurait s'agir de règles rétroactives ni d'un droit créé de toutes pièces par ces juridictions ou par un décret de l'exécutif puisque seul le Congrès est compétent pour définir les crimes fédéraux.

## B. - Les violations du droit international

Outre la violation flagrante de ses obligations internationales par l'Administration Bush eu égard au statut des personnes détenues sur la base de Guantánamo, le *Military Order* contribue aussi à ce constat.

---

by irrevocable law [...]. The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances. No doctrine, involving more pernicious consequences, was ever invented by the wit of man than that any of its provisions can be suspended during any of the great exigencies of government. Such a doctrine leads directly either to anarchy or despotism, but the theory of necessity on which it is based is false; for the government, within the Constitution, has all the powers granted to it, which are necessary to preserve its existence [...]. Every trial involves the exercise of judicial power; and from what source did the military commission that tried [Milligan] derive their authority? Certainly no part of the judicial power of the country was conferred on them; because the Constitution expressly vests it 'in one supreme court and such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish,' and it is not pretended that the commission was a court ordained and established by Congress. They cannot justify on the mandate of the President; because he is controlled by law, and has his appropriate sphere of duty, which is to execute, not to make, the laws; and there is 'no unwritten criminal code to which resort can be had as a source of jurisdiction ».

<sup>24</sup> Voir *supra* note 4, Section 2 « Definition and Policy »: « The term 'individual subject to this order' shall mean any individual who is not a United States citizen [...] ».

<sup>25</sup> Voir affaire *Wong Wing v. United States*, *United States Reports*, vol. 163, 1896, p. 228.

<sup>26</sup> Voir affaire *Harisiades v. Shaughnessy*, *United States Reports*, vol. 342, 1952, p. 580.

<sup>27</sup> Une version française de la Constitution américaine est disponible sur le site Internet du Département d'Etat américain, à l'adresse : <<http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/constfr.htm>>.

<sup>28</sup> Voir Department of Defense, Military Commission Order No. 1, Procedures for Trials by Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism. Texte disponible sur le site du U.S. Department of Defense, à l'adresse : <<http://www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf>>. Voir également pour une analyse extrêmement détaillée le rapport d'Amnesty international, « Memorandum on the rights of people in US custody in Afghanistan and Guantánamo Bay », avril 2002, disponible sur le site d'Amnesty International <<http://www.amnesty.org>>.

A l'exception de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, tous les instruments régionaux et universels relatifs aux droits de l'homme prévoient expressément la possibilité de déroger à certains droits dans les cas de situation d'urgence. En l'espèce, les États-Unis ont ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en 1992 dont l'article 4 permet de telles dérogations<sup>29</sup>.

L'Observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme<sup>30</sup>, adoptée le 24 juillet 2001, explicite le régime juridique des dérogations prévues à l'article 4 du Pacte. Les États-Unis doivent prouver qu'un danger public menace l'existence de la Nation. De plus, il ne peut être dérogé à certains droits : le droit à la vie, l'interdiction des tortures et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la non-rétroactivité des peines, la reconnaissance de la personnalité juridique de chaque individu et la liberté de pensée, de conscience et de religion. A cette liste s'ajoutent les règles impératives du droit international telles que le principe de non-discrimination et le respect des règles du procès équitable et de la présomption d'innocence. De plus, le Pacte - ainsi que la Convention interaméricaine des droits de l'homme - prévoit que ces dérogations doivent être proportionnées.

Tous les organes de contrôle des instruments relatifs à la protection des droits de l'homme ont eu à connaître de situations dans lesquelles des personnes civiles étaient jugées devant des juridictions militaires d'exception. Le Pérou a ainsi été condamné par la Cour interaméricaine des droits de l'homme pour avoir jugé un citoyen américain pour acte de terrorisme devant une cour composée de juges « sans visage ». Cette procédure avait d'ailleurs été vivement critiquée par le gouvernement américain au motif qu'elle violait les droits de l'homme fondamentaux...

Enfin, l'État qui déclare l'état d'urgence doit le notifier aux autres parties contractantes au Pacte ainsi qu'au Secrétaire général des Nations Unies. Il doit aussi établir la liste des droits auxquels il entend déroger et justifier sa position. Pour l'instant les États-Unis ne se sont pas acquittés de cette obligation.

## CONCLUSION

A ces questions concernant les violations flagrantes du droit international et du droit constitutionnel par l'Administration Bush s'ajoute un autre problème de taille. Alors qu'aucune juridiction militaire d'exception n'a, à ce jour, été mise en place, et ce même si tout laisse à penser que Zacarias Moussaoui, citoyen français arrêté en août 2001 sur le territoire américain pour séjour irrégulier - et qui n'a donc jamais combattu dans le cadre du conflit armé en Afghanistan -, était le premier destinataire du *Military Order* du 13 novembre 2001, les États-Unis font une distinction dangereuse entre des prisonniers pourtant tous membres présumés d'Al Qaida. En effet, Zacarias Moussaoui sera jugé devant un tribunal de droit commun pour les mêmes crimes que les prisonniers de Guantánamo auxquels l'Administration Bush refuse d'accorder le statut de prisonnier de guerre<sup>31</sup>. De plus, John

<sup>29</sup> Voir la Convention interaméricaine des droits de l'homme, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1144, p. 123. Les États-Unis ont signé la Convention interaméricaine des droits de l'homme le 1<sup>er</sup> juin 1977 mais ne l'ont pas ratifiée à ce jour. L'article 27 de cette convention stipule : « 1. En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques). Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés.

3. Tout État partie, qui a recours au droit de suspension, devra immédiatement informer les autres États parties à la présente Convention, par le truchement du Secrétaire général de l'Organisation des États Américains, des dispositions dont l'application a été suspendue, des motifs de la suspension et de la date fixée pour la fin de celle-ci ». Le texte intégral de la convention est disponible sur le site Internet de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, à partir de l'adresse : <<http://www.cidh.oas.org/docdebase.htm>>.

<sup>30</sup> Nations Unies, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, Observation générale n°29, états d'urgence (art. 4).

<sup>31</sup> Les 6 chefs d'inculpation de l'acte d'accusation de Zacarias Moussaoui sont : *conspiracy to commit acts of terrorism transcending national boundaries, conspiracy to commit aircraft piracy, conspiracy to destroy aircraft, conspiracy to use weapons of mass destruction, conspiracy to murder United States employees and conspiracy to destroy property*. Voir *United*

Phillip Walker Lindh, citoyen américain, arrêté sur le territoire afghan et membre présumé d'Al Qaida, est quant à lui poursuivi et jugé devant une juridiction de droit commun de l'État de Virginie pour « *conspiracy to murder U.S. Nationals* (et non terrorisme ... alors qu'il a participé aux mêmes faits que d'autres prisonniers détenus sur la base de Guantánamo), *conspiracy to provide material support and resources to foreign terrorist organizations, providing material support and resources to foreign terrorist organizations, conspiracy to contribute services to al Qaeda, contributing services to al Qaeda, conspiracy to supply services to the Taliban, supplying services to the Taliban, using and carrying firearms and destructive devices during crimes* ) (sic) of violence »<sup>32</sup>.

\* \* \*

© 2002 Sarah Pellet. Tous droits réservés.

PELLET Sarah. - "De la raison du plus fort ou comment les États-Unis ont (ré)inventé le droit international et leur droit constitutionnel". - *Actualité et Droit International*, juin 2002. [<http://www.ridi.org/adi>].

---

*States of America v. Zacarias Moussaoui*, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, Indictment, December 2001, disponible sur le site Internet du U.S. Department of Justice, à l'adresse :

<<http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm>>.

<sup>32</sup> Voir *United States of America v. John Phillip Walker Lindh*, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, Indictment, February 2002, disponible sur le site Internet du U.S. Department of Justice, à l'adresse :

<<http://www.usdoj.gov/ag/2ndindictment.htm>>.