

Le statut des détenus de Guantanamo capturés en Afghanistan au regard du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : quelle protection dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » ?

Sous la direction du Professeur Yves Sandoz

Par Camille Jacquot

Genève, 2011

*Je tiens à remercier, pour sa disponibilité et son soutien,
le Professeur Yves Sandoz*

« Chacun d'entre nous devrait être pleinement conscient que la protection des droits de l'Homme ne doit pas céder le pas devant l'efficacité de l'action anti-terroriste. À l'inverse, si l'on se place sur le long terme, on voit que les droits de l'Homme, la démocratie et la justice sociale forment l'un des meilleurs remèdes contre le terrorisme. »

Kofi Annan, Secrétaire général des Nations unies, *Discours du 18 janvier 2002 devant les membres du Conseil de sécurité*)

SOMMAIRE

INTRODUCTION	p. 6
I. LE STATUT DES DETENUS DE GUANTANAMO AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	p. 10
A. Remarques préliminaires	p. 10
B. Qualification du conflit mené par les Etats-Unis en Afghanistan	p. 12
C. Classification des détenus	p. 18
1. La position de l'Administration Bush	p. 19
2. Opinions doctrinales	p. 20
a) Détermination du statut des talibans	p. 21
L'hypothèse de l'article 4(A)(1) de la Convention de Genève III	
L'hypothèse de l'article 4(A)(2) de la Convention de Genève III	
b) Détermination du statut des membres d'Al Qaida	p. 25
L'hypothèse de l'article 4(A)(1) de la Convention de Genève III	
L'hypothèse de l'article 4(A)(2) de la Convention de Genève III	
L'hypothèse de la participation directe aux hostilités	
L'hypothèse d'une protection dans le cadre de la Convention de Genève IV	
Le cas particulier des « combattants internationaux » (<i>international fighters</i>)	
L'hypothèse du mercenariat	
Conclusion	
II. LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME EST-IL EN MESURE D'OFFRIR UNE PROTECTION AUX DETENUS DE GUANTANAMO ?	p. 33
A. Le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme : une application simultanée est-elle envisageable ?	p. 34
B. Guantanamo Bay et l'inévitable argument de l'extraterritorialité	p. 38
C. Quelle réalité pour cette protection complémentaire : situation de danger exceptionnel menaçant la vie de la nation et mécanismes de dérogation ?	p. 43
D. La difficulté particulière soulevée par l'interdiction de la torture et des traitements	

inhumains et dégradants : une interdiction <i>a priori</i> indérogeable	p. 50
Conclusion	

III. LA SITUATION DES DETENUS DE GUANTANAMO, REVELATRICE DES LIMITES DU CADRE JURIDIQUE EXISTANT ? p. 58

A. « Guerre contre le terrorisme » et droit international : les enjeux et les limites p. 58

1. « Guerre contre le terrorisme » et droits de l’homme p. 58

2. « Guerre contre le terrorisme » et droit international humanitaire p. 59

B. Le statut de prisonnier de guerre, un *statut a priori* avantageux p. 63

1. La notion de combattant illégal p. 63

2. Statut de prisonnier de guerre et opinions doctrinales p. 66

a) Le statut de prisonnier de guerre constitue-t-il un obstacle réel à la sécurité des Etats-Unis ? p. 67

b) Les personnes qui ne relèvent pas de la protection accordée au titre du statut de prisonnier de guerre sont-elles désavantagées ? p. 69

CONCLUSION p. 75

BIBLIOGRAPHIE p. 77

Introduction

Si le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau, il a pris une ampleur radicalement différente depuis les attentats du 11 septembre 2001 contre les Etats-Unis, en Pennsylvanie, à New York, contre le World Trade Center et en Virginie, contre le Pentagone. Ces attaques ont marqué un tournant : par la guerre en Afghanistan qui a suivi et par les nombreuses mesures prises à travers le monde pour combattre le terrorisme. Le Conseil de Sécurité des Nations Unies a réagi immédiatement en adoptant le 28 septembre 2001 la Résolution 1373¹ établissant les principes de base de la lutte contre le terrorisme. Le 26 octobre 2001, les Etats-Unis adoptaient le *Patriot Act*² tandis que le 14 décembre de la même année la Grande-Bretagne votait l'*Anti Terrorism, Crime and Security Act*.

Kalliopi K. Koufa³ l'a notamment souligné :

« Depuis les événements du 11 septembre, les actes de terrorisme se sont multipliés d'un bout à l'autre du monde, liés avant tout à un certain nombre de situations de crise en divers points chauds. Les réponses au terrorisme, expressions parfois d'un sentiment de panique ou d'urgence, se sont elles-mêmes avérées spectaculaires. D'ailleurs, pour une bonne part, l'activité politique et juridique liée au terrorisme continue à révéler des réactions proches de la panique... Or ces réactions qui confinent à la panique peuvent avoir de graves incidences sur le droit international et sur le droit relatif aux droits de l'Homme, ainsi que sur le droit humanitaire⁴ ».

Les opérations militaires menées en Afghanistan par les Etats-Unis et leurs conséquences sont révélatrices de cette « incidence » sur le droit international qu'évoque Kalliopi K. Koufa. En particulier parce que les Etats-Unis ne sont pas entrés en guerre contre l'Afghanistan mais contre le terrorisme. Cependant le terme de « guerre contre le terrorisme » aussi connu sous le

¹ Résolution 1373 (2001) / adoptée par le Conseil de sécurité lors de sa 4385e séance, le 28 septembre 2001. [sur les menaces que constituent les actes terroristes pour la paix et la sécurité internationales]

² *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*

³ Rapporteur spécial sur le terrorisme et droits de l'homme au sein de la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme au sein du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

⁴ Documents des Nations unies E/CN.4/Sub.2/2002/35, du 17 juillet 2002, paragraphe 59

nom « guerre contre la terreur » est un terme trompeur, voire un abus de langage. Une guerre est normalement menée entre des forces armées composées d'individus qui sont soit affiliés à un gouvernement, soit organisés de manière plus ou moins stricte. La « guerre contre le terrorisme » menée en Afghanistan, comme les guerres traditionnelles, repose sur l'usage de la force. Mais, au-delà de cet aspect traditionnel, la guerre contre le terrorisme peut aussi se concevoir comme une campagne militaire contre les personnes suspectées de terrorisme, contre les Etats et les communautés perçues comme un refuge pour les terroristes ou qui encouragent leurs activités. Ce concept est donc plus un concept politique qu'un concept réellement juridique. Comme le conclut le Comité international de la Croix-Rouge (CICR),

« Le terrorisme est un phénomène. Or, tant dans la pratique que du point de vue juridique, on ne peut pas livrer une guerre contre un phénomène. On peut seulement combattre une partie identifiable à un conflit. Pour toutes ces raisons, il serait plus judicieux de parler de “lutte contre le terrorisme” plutôt que de “guerre contre le terrorisme” la première revêtant de multiples facettes⁵ ».

Dans cette « guerre contre le terrorisme », il s'avère que les protections accordées par le droit international humanitaire et les droits de l'homme ont été mises à rude épreuve. L'attitude des Etats-Unis dans cette lutte et l'argumentation qui la sous-tend soulève la question suivante : quelle(s) protection(s) le droit international humanitaire et les droits de l'homme sont-ils en mesure d'offrir dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » ? Tel est l'objet de notre étude. Cette question sera analysée à la lumière du cas des détenus sur la base américaine de Guantanamo, à Cuba, et capturés lors du conflit en Afghanistan car leur situation et leur statut ont suscité de vives controverses.

Tout d'abord au regard du droit international humanitaire. C'est en lien avec la « guerre contre le terrorisme » que les Etats-Unis ont forgé la notion de « combattant illégal ». Ils ont utilisé cette notion pour déterminer le statut des membres d'Al-Qaida et des talibans détenus à *Guantanamo Bay* et pour leur refuser les droits accordés par les Conventions de Genève,

⁵ Droit International Humanitaire : questions et réponses, Comité international de la Croix-Rouge, 15 mai 2004, p. 3, disponible sur le site web du CICR : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/faq/terrorism-faq-050504.htm>

arguant que cette catégorie n'est pas couverte par les Conventions de Genève. Ces détenus se retrouvent dès lors en dehors du droit. Ensuite, au regard du droit international des droits de l'homme. Les controverses sont liées au lieu de détention des membres d'Al-Qaida et des talibans. La base de Guantanamo n'est pas située sur le territoire américain. Or, l'Administration Bush a adopté la position selon laquelle le droit international des droits de l'homme ne s'appliquait pas extra-territorialement. C'est principalement sur ce point que repose l'argumentation des Etats-Unis. Les réactions de la communauté internationale et de la doctrine ont été vives. Peu après l'arrivée des premiers détenus à Guantanamo, de nombreuses organisations non gouvernementales (ONG) ainsi que les Nations Unies ont commencé à exprimer leurs inquiétudes. Par exemple, des rapports d'*Amnesty International* ont fait état de l'usage de la torture, des difficultés d'accès à la base... Certains auteurs ont qualifié Guantanamo de « goulag des temps modernes », d'un lieu où « le droit est entre parenthèses »...

Cependant, il est important dans cette étude de rester hors des considérations politiques afin de mener à bien une analyse purement juridique.

Plusieurs questions seront tour à tour abordées afin de déterminer quel est le droit applicable aux détenus de Guantanamo et quelles sont les garanties judiciaires dont ils peuvent bénéficier.

Tout d'abord, nous étudierons le statut des détenus de Guantanamo au regard du droit international humanitaire. Les Conventions de Genève III⁶ et IV⁷ y occuperont une place centrale. Ensuite, nous démontrerons que selon nous, dénier l'application extra-territoriale des droits de l'homme n'est pas cohérent, ce qui nous amènera à comprendre quelle peut être la place du droit international des droits de l'homme à Guantanamo. Enfin, dans le but d'appréhender les interrogations que soulève *in fine* la question du statut des détenus de Guantanamo, nous évaluerons si une telle situation n'est pas en réalité révélatrice des limites du cadre juridique existant. En effet, les conditions ayant donné naissance à une telle situation pourraient caractériser bien des conflits armés à venir et donc soulever des questions

⁶ Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949 (ci-après Convention de Genève III)

⁷ Convention de Genève relative à la protection de la population civile en temps de guerre, 12 août 1949 (ci-après Convention de Genève IV)

similaires.

Nous tenons à préciser un point important. Dans l'ensemble de cette étude, l'analyse du statut des détenus de Guantanamo sera limitée à celle des personnes capturées en Afghanistan durant la première phase du conflit (c'est-à-dire entre le 7 octobre 2001 et le 18 juin 2002). La raison en est la suivante : la majorité des détenus de Guantanamo a été capturée durant cette première phase. Concernant le droit international humanitaire, l'enjeu principal est l'applicabilité du statut de prisonnier de guerre à ces détenus. La deuxième partie du conflit en Afghanistan est un conflit armé non international. De fait, discuter du statut de prisonnier de guerre ne serait pas pertinent, cette catégorie n'existant que lors d'un conflit armé international.

I. Les statut des détenus de Guantanamo au regard du droit international humanitaire

A. Remarques préliminaires

Le droit international humanitaire, aussi désigné par l'appellation de droit des conflits armés, a pour but de limiter les effets de la guerre. Cette volonté est très ancienne comme l'a souligné Best : « The idea of the control of war is as old as the war itself ». Ce corps du droit international est composé de deux branches principales qui forment le *jus in bello*. Le versant humanitaire de ce droit est connu sous le nom de « droit de Genève »⁸. Il vise à assurer le respect et la protection des personnes qui se trouvent à la merci ou au pouvoir d'une partie au conflit. Le droit de Genève met l'accent sur les responsabilités qui incombent aux parties, ce qui inclut la notion de traitement humain et du juste traitement des prisonniers de guerre. Le droit de La Haye⁹ est constitué des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907.

La Seconde Guerre mondiale, qui a pu être qualifiée « d'échec de la civilisation », a marqué un tournant. Les violations massives de ces deux branches du droit, ont conduit à un renouveau du droit international humanitaire. C'est ainsi que quatre Conventions ont été adoptées à Genève en 1949. Elles remplacent les précédentes et sont novatrices à deux titres. D'une part, la Convention de Genève IV est spécialement consacrée à la protection des civils. D'autre part, son article 3 commun est consacré aux conflits armés non internationaux. Pourtant, une lacune persiste. Les règles relatives à la conduite des hostilités y sont trop peu développées. En 1997, deux Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève ont été adoptés. Ils précisent les règles applicables lors de la conduite des hostilités que ce soit dans un conflit armé international¹⁰ ou non international¹¹.

Il est important de rappeler que la légalité et les justifications apportées par une partie pour entrer en guerre constituent aujourd'hui un régime juridique distinct. Il s'agit du *jus ad bellum* lequel est séparé des questions de *jus in bello*. Le *jus ad bellum* est régi depuis 1945 par la Charte des Nations Unies. En aucun cas le *jus ad bellum* ne saurait avoir une influence sur le

⁸ L'adoption en 1864 de la Convention de Genève pour améliorer le sort des militaires blessés et malades a marqué le point de départ des deux grandes branches du droit international humanitaire.

⁹ La naissance de cette branche découle de la Conférence de Saint-Petersbourg qui a abouti à l'adoption de la Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre.

¹⁰ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 (ci-après Protocole Additionnel I)

¹¹ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, (ci-après Protocole Additionnel II)

corps de règles qui régit le *jus in bello*. Par conséquent, chaque partie à un conflit armé est soumise aux mêmes droits et obligations que l'autre, qu'elle soit ou non à l'origine des hostilités et même si cette entrée en guerre n'est pas conforme au droit international. En effet, la Charte des Nations Unies ayant banni la guerre, elle ne considère l'utilisation du recours à la force comme licite qu'au titre de l'exception consacrée par l'article 51¹². Dans la même logique, la *clausula si omnes* ne s'applique pas aux Conventions de Genève et c'est là l'une des caractéristiques de cette branche. Comme l'a parfaitement exprimé Jean Pictet¹³:

« It is generally admitted that the non execution of a treaty by one party may ultimately release the other party from its obligations, or justify the annulment of the treaty, like a contract under municipal laws. This, however, would not apply to the Geneva Conventions : whatever the circumstances, they remain valid and are not subject to reciprocity. Indeed, the mind absolutely rejects the idea that a belligerent should, for instance, deliberately ill-treat or kill prisoners because the adversary has been guilty of such crime ».

Ainsi le fait qu'une partie au conflit déroge aux règles n'est pas une raison valable pour que l'autre partie ne respecte pas les obligations qui lui incombent en vertu du droit international humanitaire.

Comme nous l'avons dit précédemment, l'usage récurrent de la métaphore « guerre contre le terrorisme » pour qualifier la lutte contre le terrorisme est une notion ambiguë. Il faut bien comprendre que cette lutte ne sera régie par le droit international humanitaire que si les activités menées en son nom atteignent le seuil d'un conflit armé au sens juridique du terme. Le droit international humanitaire distingue deux types de conflits armés : les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux. Selon que le conflit armé est international ou non, les règles applicables diffèrent et le statut des personnes impliquées dans

¹² L'article 51 de la Charte des Nations unies dispose : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée »

¹³ Jean Pictet, *Humanitarian Law and The Protection of War Victims* 32 (1975)

le conflit varie. Il importe donc de définir la nature du conflit mené en Afghanistan par les Etats-Unis. Ce sera l'objet de notre première sous-partie.

Nous pourrons ensuite déterminer le statut des personnes capturées par l'armée américaine en Afghanistan et considérées soit comme membres d'Al-Qaida, soit comme talibans. L'Administration Bush ayant qualifié ces détenus de « combattants illégaux », nous confronterons cette position au droit afin de comprendre si elle est juridiquement justifiée. Ce sera l'objet de notre deuxième sous-partie .

B. Qualification du conflit mené par les Etats-Unis en Afghanistan

La situation des détenus de Guantanamo implique plusieurs aspects du droit international. Concernant le droit international humanitaire, afin de déterminer quelles dispositions leur sont éventuellement applicables, quelles règles régissent leur statut et, de fait, quel doit être leur traitement, il faut tout d'abord qualifier la nature du conflit qui a eu lieu en Afghanistan. Cela conduit à répondre à la question suivante : est-ce un conflit armé au sens du droit international humanitaire ? Dans l'affirmative, s'agit-il d'un conflit armé international ou d'un conflit armé non international ?

Comme nous l'avons dit, le cadre juridique instauré par le droit international humanitaire distingue deux types de conflits armés. Les conflits armés internationaux opposent au moins deux Etats¹⁴, tandis que les conflits armés non internationaux opposent les forces gouvernementales à des groupes armés non étatiques, ou des groupes armés entre eux. D'ordinaire, les conflits armés internationaux sont aisés à identifier : les parties sont prédéterminées puisqu'elles opposent des entités étatiques. Lorsqu'une difficulté de qualification se pose, elle relève habituellement de la question de savoir si les actes d'hostilités peuvent être imputés à un Etat.

Cette approche n'est pas opératoire dans le cas d'un conflit armé non international. Il convient alors d'examiner le niveau d'organisation des parties et le degré d'intensité des affrontements entre ces groupes eux-mêmes ou entre ces groupes et l'Etat, pour voir s'il atteint le niveau

¹⁴ Article 2 commun aux Conventions de Genève ; TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, Jugement, IT-94-1-T, 7 may 1997, par. 561-568; voir également TPIY, *Procureur c/ Fatmir Limaj*, Jugement, IT-03-66-T, 30 november 2005, para. 84

requis, afin de qualifier la situation de conflit armé non international¹⁵.

Un autre facteur de complication est la situation où un Etat prétend attaquer, non pas un autre Etat, mais un groupement armé se trouvant sur son territoire mais que son gouvernement ne peut contrôler véritablement. C'est là l'une des premières caractéristiques du conflit en Afghanistan. En effet, les Etats-Unis ont expliqué qu'ils n'attaquaient pas l'Afghanistan mais les talibans et les membres d'Al-Qaida situés sur le territoire afghan. Une autre donnée complique cette situation : les acteurs du conflit ont évolué au fil du temps. La situation, déjà complexe d'un point de vue légal, l'est aussi d'un point de vue factuel. Il est donc important de bien distinguer les deux grandes phases du conflit. Du 7 octobre 2001 au 18 juin 2002, le conflit a opposé les Etats-Unis dans le cadre de l'opération *Enduring Freedom* (OEF) aux talibans et aux membres d'Al-Qaida. A partir du 19 juin 2002, le nouveau gouvernement afghan appuyé par la coalition internationale formée par les forces de *l'International Security Assistance Force* (ISAF) et de l'OEF se sont battues contre une opposition armée. C'est au regard de la première phase du conflit que portera notre analyse du statut des détenus capturés en Afghanistan, comme nous l'avons précisé en introduction. Un consensus s'est dégagé pour qualifier de conflit armé non international les hostilités ayant débuté le 19 juin 2002. Pour la période du 7 octobre 2001 au 18 juin 2002, la doctrine est divisée.

Les alinéas 1 des articles 2 de chaque Convention de Genève disposent que « 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 ». C'est à la lumière de cet alinéa qu'il convient d'examiner le conflit en Afghanistan pour déterminer s'il est susceptible de constituer un conflit armé international. Comme nous l'avons expliqué, le problème réside dans le fait que les Etats-Unis ont précisé qu'ils n'attaquaient pas l'Afghanistan mais les talibans. Cela soulève le point de savoir si l'on peut considérer les talibans comme le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan. Dans ce cas, il s'agirait bien d'un conflit armé international.

Le régime des talibans n'a été reconnu officiellement que par trois Etats : le Pakistan, l'Arabie Saoudite et les Emirats Arabes Unis¹⁶. Alors qu'il n'est pas nécessaire pour les gouvernements

¹⁵ CICR, Commentaire à l'art. 1 du Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977 p.372

¹⁶ *The Taliban's Strategy for Recognition*, The Economist, Feb 6 1991, p 41

des Etats engagés dans des hostilités de se reconnaître mutuellement (Article 4A(3) Convention de Genève III), les règles sont moins claires lorsqu'un très petit nombre d'Etats a reconnu le gouvernement en question¹⁷. Il est aussi très important de souligner que la question de la reconnaissance est peut être le sujet de droit international où l'interaction entre le droit et les considérations politiques est la plus grande. Pour cette raison, il convient d'examiner la situation des talibans.

Si en 1992 Burhanuddin Rabbani a été élu à la présidence de la République de l'Etat islamique d'Afghanistan, son élection a fait l'objet de controverses. En particulier, le leader des talibans, Mohammed Omar dit Mollah Omar, s'est opposé à lui. En 1995 les talibans contrôlaient un tiers du pays¹⁸. En 1997, il semble que leur zone d'influence s'étendait aux deux-tiers de l'Afghanistan¹⁹. Lorsque le conflit a éclaté le 7 octobre 2001, les talibans contrôlaient plus de 90% du territoire²⁰ et bien que le gouvernement de Burhanuddin Rabbani soit celui reconnu sur la scène internationale (il siège à l'Assemblée générale des Nations Unies), il est en exil depuis 1999. A cette époque, ce sont d'ailleurs les forces menées par l'ancien ministre de la Défense Ahmed Chah Massoud qui tentent de défendre la portion du territoire qui n'est pas encore aux mains des talibans.

Avec un gouvernement officiel en exil et la quasi majorité du territoire contrôlée par les talibans, il faut à présent se demander si ces derniers exerçaient des prérogatives régaliennes sur le territoire afghan. On sait qu'ils imposaient leurs règles et assuraient le maintien de l'ordre notamment grâce à leur police religieuse, qu'ils avaient une main mise sur l'appareil judiciaire, sur l'éducation, qu'ils étaient en charge des relations diplomatiques sur la scène internationale²¹. A cet égard, certains auteurs ont argumenté que l'importance des talibans sur la scène internationale s'est accrue de par le rôle qu'ils ont joué dans la prise en otages de

¹⁷ L. Oppenheim, *International Law* 212 n.2 (H. Lauterpacht ed., 7th ed. 1952 « the fact the {a state} has been recognized as such by States – however few- other than opposing belligerents, provides strong evidence that it is a State and that it is entitled to be treated in accordance with the rules of warfare »

¹⁸ Emily MacFarquhar, *The Rise of the Taliban : a New Force of Muslim Fighters is Determined to Rule Afghanistan*, U.S News and World Rep. Mar 6, 1995

¹⁹ Voir Tim McGirk & Ratimullah Yusufzai, *Mullah with a Mission : One Eyed Mohammed Omar Rules Afghanistan's Taliban with a Firmhand and a Strongbox of Cash*, Times, mars 31 1997

²⁰ Selon Stephane Ojeda, les talibans « were controlling and ruling over about 95 percent of the Afghan territory in october 2001 ». Stephane Ojeda, « US detention of Taliban fighters: some legal considerations », in Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis, International Law Studies*, Vol. 85, US Naval War College International Studies, Naval War College Press, 2009, pp. 358 - 359

²¹ Voir en ce sens C.L Gadoury, *Should the United States Officially Recognize the Taliban ? The International Legal and Political Considerations*, Houston Journal of International Law, Vol.23 :2 (2001)

passagers d'un avion d'*Indian Airlines* en décembre 1999²². A cette occasion, ils ont servi de médiateurs entre le gouvernement indien et les pirates de l'air.

En 1999, les relations entre les talibans se dégradent sensiblement lorsqu'ils refusent de livrer Oussama Ben Laden aux Etats-Unis. Les Etats-Unis décident alors de prendre des sanctions économiques contre l'Afghanistan²³: gels des avoirs, interdiction d'importer des produits afghans et d'entretenir des relations commerciales avec les talibans. Les Nations Unies (ONU) réagissent aussi en adoptant la Résolution 1267 qui vient compléter les mesures prises par les Etats-Unis²⁴(1999). De leur côté, le gouvernement officiel étant en exil, les talibans font pression pour obtenir un siège à l'ONU, symbole d'une reconnaissance internationale.

Il apparaît que les talibans, d'une part, exerçaient des fonctions régaliennes et, d'autre part, qu'ils étaient le seul interlocuteur possible sur la scène internationale. Des faits qui tendent à considérer qu'ils étaient le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan lors du début des hostilités le 2 octobre 2001 et jusqu'au 18 juin 2002, date de l'élection d'Hamid Karzaï à la tête d'un nouveau gouvernement reconnu par la communauté internationale²⁵. Telle est notamment la position du Professeur Sassòli :

« Les forces armées américaines ont commencé un conflit armé sur le sol afghan, dirigé non seulement contre des cibles d'Al-Qaida, mais également contre les talibans. Pour cette dernière raison tout au moins, ces hostilités doivent être qualifiées de conflit armé international²⁶ ».

Enfin, lorsque le Conseil de Sécurité des Nations Unies a approuvé par la Résolution 1378 du 14 Novembre 2001²⁷, l'invasion de l'Afghanistan par les Etats-Unis, il fait référence aux talibans comme « the regime governing Afghanistan ».

De la même manière, en analysant les raisons pour lesquelles les Etats-Unis n'ont pas reconnu

²² Voir en ce sens Marion Lloyd, *Hijacking Cruise Could Help Taliban Standing*, Hou. Chron., Dec. 29, 1999

²³ Executif Order No 13129, 64 Fed. Reg. 36759 , July 7, 1999

²⁴ Res. 1267 du Conseil de Sécurité de l'ONU, 54^e Sess, 405/St mitg.UN.doc. 5/RES/1257

²⁵ Voir en ce sens la Res. 1419 du Conseil de Sécurité de l'ONU du 26 Juin 2002, accueillant l'élection de Hamid Karzaï

²⁶ Sassòli, M., « La "guerre contre le terrorisme", le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 39, 2001, pp. 11-12

²⁷ Res. 1378 du Conseil de Sécurité de l'ONU, 4415th mtg., U.N. DOC S/RES/1378 (2001)

le gouvernement des talibans, il apparaît que des considérations politiques l'ont emporté sur les considérations juridiques. On peut identifier trois raisons principales. La première est le refus des talibans de livrer Oussama Ben Laden aux Etats-Unis. A la fois les sanctions économiques des Etats-Unis et des Nations Unies que nous avons déjà évoquées étaient une réponse directe à ce refus. Les Nations Unies ont précisé à l'époque : « the Taliban continues to provide safe haven to Osama Bin Laden and to allow him and others associated with him to operate a network of terrorist training camps from Taliban controlled territory and to use Afghanistan as a base from which to sponsor international terrorist operations²⁸ ». L'*Executive Order* des Etats-Unis contenait une disposition similaire. De plus, après le refus des talibans de leur livrer Oussama Ben Laden, l'ancienne secrétaire d'Etat américaine, Madeleine Albright, avait affirmé : « the Taliban would enhance their prospects for American recognition and acceptance by the United Nations if they stopped harboring Mr Bin Laden »²⁹.

La deuxième raison qui peut être invoquée est la violation des droits de l'homme par les talibans car il semble bien qu'en matière de reconnaissance, la politique des Etats-Unis soit influencée par la doctrine de l'*Estrada*. Cette doctrine vise à promouvoir la démocratie et les gouvernements établis de manière constitutionnelle en refusant de reconnaître les gouvernements issus de coups d'Etat jusqu'à ce qu'une élection libre ait lieu. C'est notamment ce qu'on peut déduire de la résolution *Boxer Brownback* adoptée par le Sénat américain en 1999 : en raison des violations massives des droits de l'homme, violations visant en particulier les femmes, les talibans ne devraient pas pouvoir accéder à un siège aux Nations Unies³⁰.

Enfin, la production et le trafic de narcotiques a aussi sûrement fortement joué. En effet, l'Afghanistan est l'un des premiers producteurs d'opium au monde et il est considéré que les talibans en retireraient d'importantes ressources financières.

Il y a bien ici une non-reconnaissance dans laquelle les considérations politiques ont joué un rôle crucial. Pour certains auteurs³¹ cette attitude est contre-productive car cela a renforcé l'isolement de l'Afghanistan. De plus, la reconnaissance n'est pas forcément un acte contraire

²⁸ Res 1267 (1999) du Conseil de Sécurité de l'ONU adoptée à la 4051^e Séance tenue le 15 octobre 1999

²⁹ *The Taliban's Strategy for Recognition*, *The Economist*, Feb. 6 1991

³⁰ Press release, U.S. Givt Senate Passes Boxer Brownback Resolution on treatment on Afghani women, May 6 1999

³¹ Voir en ce sens C.L Gadoury , *Should the United States Officially Recognize the Taliban ? The International Legal and Political Considerations*, *Houston Journal of International Law*, Vol. 23 :2 (2001)

à l'éthique ou de la morale qu'un pays incarne. Comme l'ancien Sénateur Alan Cranston l'expliquait, « the evidence is overwhelming that withholding recognition from governments of which we disapprove, and with whom our relations are particularly hostile has failed totally to advance our values or to achieve any other significant and ending purposes ».

En faveur de l'application des règles relatives aux conflits armés internationaux, certains auteurs³² ont avancé des raisons pratiques : qualifier cette première phase du conflit comme non international aurait de graves implications pour les Etats-Unis et les troupes alliées. Personne ne pourrait être reconnu comme prisonnier de guerre ou comme personne « protégée » par les Conventions de Genève III et IV, bien que l'article 3 commun puisse alors s'appliquer. De plus, on peut souligner que la décision de l'Administration Bush de reconnaître que les talibans soient protégés par les Conventions de Genève mais que les membres d'Al-Qaida ne le soient pas peut être lue comme une acceptation implicite que le conflit armé qui les a opposés aux talibans est un conflit armé international.

Enfin, l'idée a été soulevée que la guerre contre le terrorisme est en train de forger le nouveau droit international, afin de prendre en compte un nouveau type de conflit armé. Un Etat serait autorisé à recourir à la force dans le cadre de la légitime défense contre des groupes paramilitaires situés en dehors de son territoire³³, en réponse à leurs attaques mais aussi en initiant des actions militaires contre leurs membres ou leur leader. De telles opérations ne pourraient être conduites qu'avec le consentement du gouvernement du territoire sur lequel elles se dérouleraient ou si le territoire en cause n'est plus sous le contrôle d'un gouvernement national.

Cependant, si nous analysons la première phase du conflit en Afghanistan et considérons qu'il s'agit d'un conflit armé international, c'est parce que, selon nous, il faut considérer que les talibans constituaient le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan. Les Etats-Unis et l'Afghanistan étant tous deux parties aux Conventions de Genève de 1949³⁴, celles-ci

³² Voir en ce sens J.K Elsea, *Treatment of « Battlefield Detainees » in the War on Terrorism*, , CRS-2, Report for Congress, updated January 23, 2007 p. 14

³³ Voir en ce sens Michael N. Schmitt, *Bellum Americanum Revisited : U.S Security Strategy and the Jus ad Bellum*, 176 Mil. L. Rev. 364, 387 (2003)

³⁴ Ratification le 2 août 1955 pour les Etats-Unis et le 26 septembre 1956 pour l'Afghanistan.

s'appliquent donc. En revanche, les Etats-Unis ne sont pas partie à leur Protocole Additionnel I. Mais nous pouvons considérer que les dispositions coutumières du Protocole Additionnel I seront applicables³⁵. Tel est notamment l'avis du CICR: « les Conventions de Genève de 1949 et les règles du droit international coutumier étaient en tout point applicables à ce conflit armé international opposant, d'une part, la coalition menée par les États-Unis et de l'autre, l'Afghanistan »³⁶.

C. Classification des détenus

Lorsqu'il s'agit de classer les détenus de Guantanamo capturés lors de la première phase du conflit en Afghanistan, il faut distinguer entre les talibans et les membres d'Al-Qaida. Si les termes « talibans » et « membres d'Al-Qaida » sont souvent utilisés indifféremment, il faut garder à l'esprit qu'il s'agit de deux groupes distincts. La question est celle de savoir si les Etats-Unis sont tenus par l'obligation de traiter ces personnes conformément aux règles applicables en période de conflit armé international. L'application des principes qui sous-tendent la philosophie du droit international humanitaire à des situations concrètes implique de bien comprendre le but et l'objet de chaque disposition. Lorsque le statut des détenus de Guantanamo est en jeu, les débats se sont focalisés sur la Convention de Genève III car elle régit le traitement des prisonniers de guerre, depuis leur capture jusqu'à leur rapatriement. La Convention de Genève III articule aussi la procédure permettant de classer un prisonnier dont le statut n'est pas clair et énumère les droits des détenus classifiés comme prisonniers de guerre. Pour les détenus de Guantanamo, qui ne sont pas des ressortissants américains et qui ont été capturés par les Etats-Unis en Afghanistan dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, résoudre la question de la détermination de leur statut, à savoir s'ils sont des prisonniers de guerre ou pas, a un impact significatif sur les obligations des Etats-Unis envers ces personnes.

1.Position de l'Administration Bush

La position des Etats-Unis n'a pas toujours été très cohérente. S'ils ont toujours considéré que les détenus de Guantanamo ne pouvaient jouir des dispositions de la Convention de

³⁵ Telles celles relatives à la conduite des hostilités, au traitement humain, à la prohibition de la torture...

³⁶ *Droit international humanitaire : questions et réponses*, Comité international de la Croix-Rouge, 15 mai 2004, p. 3, disponible sur le site web du CICR : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/SYYGFR>).

Genève III, les arguments avancés ont changé au fil du temps. L'Administration Bush a tout d'abord expliqué que la nature de l'ennemi impliqué dans la guerre contre le terrorisme qui a eu lieu en Afghanistan justifiait de qualifier les talibans et les membres d'Al-Qaïda de « combattants illégaux ». A ce titre, ils ne seraient pas éligibles aux protections offertes par la Convention de Genève III³⁷.

Ensuite, l'Administration Bush³⁸ a remis en cause l'application des Conventions de Genève au motif que le conflit n'impliquait pas deux ou plusieurs Hautes Parties Contractantes car les talibans « did not exercise full control over the territory and people [of Afghanistan] »; « was not recognized by the international community »³⁹; « was incapable of fulfilling its international obligations »⁴⁰; « was not a government but a militant terrorist-like group »⁴¹. L'ancien Secrétaire d'Etat Colin Powell⁴² a eu recours à la théorie du *failed State* (Etat en déliquescence) pour expliquer que la guerre en Afghanistan ne tombait pas sous le coup des Conventions de Genève. Un mois plus tard, l'Administration Bush a précisé sa position et a notamment établi une distinction entre les talibans et les membres d'Al-Qaïda. Cela a été formellement annoncé le 7 février 2002⁴³:

« The President has determined that the [third] Geneva Convention applies to the Taliban detainees, but not to Al-Qaeda detainees. Al-Qaeda is not a state party to the Geneva Conventions ; it is a foreign terrorist group. As such its members are not entitled to POW status. Although we never recognized the Taliban as the legitimate Afghan government, Afghanistan is a party to the Convention, and the President has determined that the Taliban are covered by the Convention. Under the terms of the Geneva Conventions, however, the Taliban detainees do not qualify as POWs. Therefore, neither

³⁷ Voir Memorandum from Secretary of Defense, to Joint Chief of Staff on Status of Taliban and Al-Qaïda (19.01.2002) disponible sur <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/62204index.html>

³⁸ *Gonzales Memorandum to the President on decision on application of the Geneva Convention on prisoner of war from Taliban and Al-Qaïda* (Jan. 25, 2002), <http://msnbc.msn.com/id/4999148/site/newsweek>

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Memorandum from Colin Powell, Secretary of State, to Counsel to the President, on the Applicability of the Geneva Conventions to the Conflict in Afghanistan I* (Jan. 25, 2002), disponible sur http://www.adamhodes.com/WORLD/docs/powell_memo.pdf

⁴³ Voir White House Fact Sheet, « Status of Detainees at Guantanamo : United States Policy », 7 February 2002

the Taliban nor Al-Qaida are entitled to POW status ».

Cependant, l'Administration Bush a fait valoir que les détenus jouissaient de protections quasi similaires à celles accordées par la Convention de Genève III.

Pour conclure que les talibans, alors même que les Conventions de Genève leur sont applicables, ne tombent pas sous le coup des dispositions relatives aux prisonniers de guerre, les Etats-Unis ont joué sur les imprécisions de la Convention de Genève III, en particulier les articles 4⁴⁴ et 5. L'article 4(A)(1) dispose : « Sont prisonniers de guerre (...) les membres de forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres de milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ». La position des Etats-Unis laisse présumer qu'à leur sens les Conventions de Genève sont applicables aux talibans car ils relèvent de cet article 4(A)(1). Or, il semble qu'ils aient lu l'article 4(A)(1) à la lumière des quatre conditions de l'article 4(A)(2), considérant que ces dernières s'appliquent aussi dans le cadre de l'article 4(A)(1).

2.Opinions doctrinales

Les personnes qui prennent part aux hostilités peuvent relever de différentes catégories. Cependant, à la fois ceux qui prennent part aux hostilités (comme membre des forces armées d'une Partie au conflit) et les civils qui n'y participent pas peuvent être détenus par la partie adverse (c'est le cas prévu par la Convention de Genève IV qui vise à protéger les civils détenus par une Partie au conflit ou dans le cas d'une occupation).

Mais comme nous l'avons évoqué plus précédemment, c'est la Convention de Genève III qui nous intéresse ici car elle s'applique aux personnes détenues en tant que prisonnier de guerre. Les combattants réguliers capturés lors d'un conflit armé international ont droit au statut de prisonnier de guerre. En cas de doute sur leur statut, ils bénéficieront de la protection de la Convention de Genève jusqu'à ce que leur statut soit déterminé par un tribunal compétent⁴⁵.

La Convention de Genève III distingue deux principaux types de combattants. Tout d'abord ceux qui ont le droit de porter les armes. Il s'agit des combattants réguliers qui bénéficient de

⁴⁴ Voir *Memorandum* from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to R. Gonzales, on the Status of Taliban Forces under article 4 of the Third Geneva Convention of 1949 (february 7, 2002), disponible sur <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/012202bybee.pdf>

⁴⁵ Article 5 de la Convention de Genève III.

fait du privilège du combattant. Ils ne peuvent être poursuivis pour les actes commis lors du conflit et conformes aux règles du droit international humanitaire. Ils bénéficieront naturellement du statut de prisonnier de guerre en cas de capture⁴⁶. Ensuite, la Convention de Genève III fait référence à ceux qui portent les armes sans faire partie des forces militaires régulières de l'une des parties au conflit. En principe, ils ne peuvent bénéficier du statut de prisonnier de guerre. Cependant, la Convention de Genève III prévoit que le statut de prisonnier de guerre puisse leur être octroyé dans certaines conditions particulières : il s'agit de ceux qui prennent spontanément les armes et de ceux qui remplissent les quatre conditions énumérées à l'article 4(A)(2).

Nous avons exposé dans la sous-partie 1 la position des Etats-Unis à l'égard du statut des talibans et des membres d'Al-Qaida. Il s'agit de la confronter à d'autres opinions doctrinales.

a) Détermination du statut des talibans

L'hypothèse de l'article 4(A)(1) de la Convention de Genève III

Tout d'abord, il faut envisager l'hypothèse exprimée dans notre partie relative à la qualification du conflit : les talibans constituent le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan. Leurs forces armées doivent dès lors être considérées comme les forces militaires de l'Afghanistan. En effet, entre le 7 octobre 2001 au 18 juin 2002, les talibans dirigeaient le pays, l'armée afghane, en partie démantelée, s'est trouvée sous le commandement des talibans. Au regard de l'article 4(A)(1), qui dispose : « Sont prisonniers de guerre (...) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, (...) », les talibans détenus à Guantanamo auraient le statut de prisonnier de guerre⁴⁷. Dans le cas de l'article 4(A)(1) il n'est pas nécessaire de vérifier si les conditions énumérées à l'article 4(A)(2) sont remplies car l'article 4(A)(1) présume qu'elles le sont.

L'article 4(A)(1) précise que « les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées » sont aussi prisonniers de guerre. Une deuxième option peut donc être de considérer les talibans comme une milice se battant aux côtés de l'armée afghane⁴⁸.

⁴⁶ Article 4(A)(1) de la Convention de Genève III.

⁴⁷ Voir en ce sens S. Ragavan & M. S. Mireles, Jr, *The Status of Detainees from the Iraq and Afghanistan Conflicts*, Utah Law Review 2005 :619 No.2, page 619

⁴⁸ Voir en ce sens George H. Alrich, Comment, *The Taliban, Al-Qaida, and the Determination of Illegal Combatants*, 96 Am. J. INT'L. L. 891, 893-94 (2002)

L'hypothèse de l'article 4(A)(2) de la Convention de Genève III

Ensuite, il est possible de partir d'une deuxième hypothèse. Certains talibans faisaient partie de milices. Il s'agit de l'article 4(A)(2) : « Sont prisonniers de guerre (...) les membres des autres milices (...) appartenant à une partie au conflit (...) pourvu que (...) ils remplissent les conditions suivantes (...) ». Les quatre conditions à remplir sont : un commandement responsable⁴⁹, un signe distinctif et reconnaissable à distance⁵⁰, le port ouvert des armes⁵¹ et le respect des lois et coutumes de la guerre⁵². Il faut alors vérifier un à un les critères énumérés ci dessus.

Concernant le critère du commandement responsable, on peut présumer que Mollah Omar incarne ce commandement responsable et qu'il est donc responsable pour ses subordonnés⁵³. De plus, si les talibans avaient relevé d'un commandement responsable insuffisant, il aurait été peu probable qu'ils constituent une menace sérieuse, en particulier hors d'Afghanistan.

Concernant le critère du signe distinctif, on peut considérer qu'il est satisfait dès lors que des moyens d'identification existent, le but étant de distinguer les combattants des civils. Le Secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld a suggéré que les talibans n'ont jamais respecté ce critère car « they did not wear distinctive insignias, symbols or uniforms. To the contrary, far from seeking to distinguish themselves from the civilian population of Afghanistan, they sought to blend in with civilian non combatants, hiding in mosques and populated areas »⁵⁴.

La Convention de Genève III ne clarifie pas ce qu'il faut entendre par les termes « fixe » et « distinctif » bien que ces termes aient été le sujet de débats. On peut présumer que par « fixe », la Convention de Genève III ait pour but d'éviter l'usage d'un signe amovible. De la même manière, aucune indication n'est donnée sur la distance exacte à laquelle ce signe doit être visible. Au regard des technologies actuelles de reconnaissance et de localisation des objectifs militaires (y compris les combattants ennemis,) il semble qu'il faille comprendre que

⁴⁹ Article 4 (A) (2) (a) de la Convention de Genève III

⁵⁰ Article 4 (A) (2) (b) de la Convention de Genève III

⁵¹ Article 4 (A) (2) (c) de la Convention de Genève III

⁵² Article 4 (A) (2) (d) de la Convention de Genève III

⁵³ Voir en ce sens Joshua S. Clovar, Comment : « Remember, *We're the Good Guys* » : *The Classification and Trial of the Guantanamo Detainees*, 45 S. Tex. L. Rev. 351, (2004), p. 353

⁵⁴ Donald H. Rumsfeld, U.S. Department of Defense news conference, Feb. 8, 2002, at <http://usinfo.org/usia/usinfo.state.gov/topical/pol/terror/02020818.htm>.

ce standard n'est plus le même aujourd'hui comparé à ce qu'avaient en tête les rédacteurs des conventions. De plus, si les talibans ne portent pas ce que les Occidentaux considèrent comme de véritables uniformes, cela relève peut être plus de leur coutume que d'une réelle volonté de perfidie au sens du droit international humanitaire.

Le but même d'un tel alinéa est de pouvoir distinguer les combattants des civils afin de mieux les protéger. Les talibans portaient des turbans noirs et des drapeaux pour se différencier. Il est donc possible de considérer que ce critère est satisfait⁵⁵.

Concernant la nécessité de porter les armes ouvertement, ce critère sert un but similaire à celui lié à la nécessité d'utiliser un signe distinctif : pouvoir distinguer entre civils et combattants ainsi que prévenir tout acte de perfidie en violation des dispositions des conventions de Genève. A cet égard, le CICR a noté la distinction qui existe entre le fait de porter les armes ouvertement et de les porter de manière « visible » ou « ostensible ». Il a précisé que cette disposition est destinée à « garantir la loyauté durant les combats, et que ce n'est pas une tentative pour prescrire que grenades, armes de poing et armes d'épaules doivent être portées à la ceinture ou à l'épaule, et non pas dans une poche ou sous un manteau »⁵⁶. Ce qui est réellement important est que « l'ennemi soit en mesure de reconnaître les partisans comme des combattants et ce de la même manière que les membres des forces armées régulières, et ce quelles que soient leurs armes »⁵⁷. En revanche, un point reste imprécis : les armes doivent-elles être portées ouvertement tout le temps ou uniquement durant la conduite des hostilités ? En effet, attaquer l'ennemi par surprise n'est pas en soi illégal. Il semble que la ruse de guerre reposant sur le camouflage et la dissimulation d'armes en vue de préparer la bataille soit permis, ce qui n'est pas le cas de la perfidie qui vise à feindre un statut protégé⁵⁸ en donnant par exemple aux armes l'apparence d'équipements. On peut aussi se poser la question de savoir si cette condition du port ouvert des armes est la même, durant une opération offensive, pour les attaquants et l'attaqué. Imposer les mêmes exigences à ceux qui se trouvent soudainement au centre d'une bataille et leur refuser le statut

⁵⁵ Voir en ce sens S. Ragavan & M. S. Mireles, Jr, *The Status of Detainees from the Iraq and Afghanistan Conflicts*, Utah Law Review 2005 :619 N°2, p. 650

⁵⁶ CICR, Commentaire à l'art. 4 de la Convention de Genève III du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, p. 51

⁵⁷ CICR, Commentaire à l'art. 4 de la Convention de Genève III du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, p. 51

⁵⁸ Article 37 du Protocole Additionnel I

de prisonnier de guerre parce que ce combattant en particulier portait une arme dissimulée ou qu'il n'était pas vêtu d'un uniforme semble donner à l'attaquant un avantage considérable et même pousser à agir par attaques surprises contre un ennemi peu préparé.

Concernant, ce critère, là aussi une partie de la doctrine a donc considéré qu'il était satisfait pour les talibans.

Le respect des lois et coutumes de la guerre reste le critère le plus délicat et le plus litigieux qu'il s'agisse des talibans ou des membres d'Al-Qaida. Le Comité International de la Croix Rouge interprète cette condition de la manière suivante :

« Partisans are ... required to respect the Geneva Conventions to the fullest extent possible. In particular, they must conform to international agreements such as those which prohibit the use of certain weapons (gas). In all their operations, they must be guided by the moral criteria which, in the absence of written provisions, must direct the conscience of man ; in launching attacks, they must not cause violence and suffering disproportionate to the military result which they may reasonably hope to achieve. They may not attack civilians or unarmed persons and must, in all their operations respect the principles of honour and loyalty as they expect their enemies to do »⁵⁹.

Cette condition est présentée comme la condition *sine qua non* à la reconnaissance des combattants irréguliers car on ne peut pas attendre des Etats qu'ils adhèrent aux lois de la guerre pour combattre un ennemi qui ne les respecterait pas.

Certains ont considéré que cela était trop vague et que l'imprécision de cette condition pourrait conduire à dénier le statut de prisonnier de guerre à une armée toute entière, ce qui en réalité n'encouragerait pas les membres d'une armée irrégulière à suivre les règles.

L'une des questions non résolues, en revanche, porte sur le point de savoir si ce critère s'applique à chaque combattant ou soldat pris individuellement ou s'il s'applique à l'armée entière. En d'autres termes, est ce que la violation d'une règle par un soldat a pour conséquence de disqualifier comme prisonniers de guerre tous les membres d'une armée ? A

⁵⁹ CICR, Commentaire à l'art. 4 de la Conventions de Genève III du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, p. 69

l'inverse, un combattant irrégulier qui, à titre individuel, respecte ces règles peut-il toujours être qualifié de prisonnier de guerre bien que ses commandants ne fassent pas respecter scrupuleusement les règles à leurs subordonnés ? Un membre des forces armées régulières ne perd pas son statut de prisonnier de guerre s'il viole le droit international humanitaire, donc il peut sembler contradictoire d'agir différemment dans le cas des combattants irréguliers⁶⁰. Certains auteurs ont aussi considéré que le libellé de l'article 5 de la Convention de Genève III justifiait indirectement cette position⁶¹. L'article 5 dispose : « 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 au pouvoir de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent ». Pour les partisans de cette thèse, il conviendrait donc de déterminer si le critère est satisfait au cas par cas et de manière individuelle et non pas au regard du groupe pris dans son ensemble. De ce point de vue, il faudrait donc déterminer ce critère au cas par cas pour chaque détenu de Guantanamo qui est un membre des talibans.

b) Détermination du statut des membres d'Al-Qaida

Avant de déterminer le statut des membres d'Al-Qaida, il faut préciser qu'ils peuvent se répartir en trois catégories : ceux qui sont de nationalité afghane, ceux que l'on pourrait qualifier de « combattants internationaux » (*international fighters*) et les membres d'Al-Qaida capturés hors d'Afghanistan dans le cadre de la *global war on terror*. C'est donc aux deux premières catégories que nous allons nous intéresser ici.

L'hypothèse de l'article 4(A)(1) de la Convention de Genève III

Concernant, les citoyens afghans partisans d'Al-Qaida, on peut supposer qu'au regard de la relation étroite qui lie les talibans et les membres d'Al-Qaida, ils se seront battus au sein des forces militaires des talibans. En vertu de notre analyse précédente, ils tomberaient sous les coup de l'article 4 (A) (1) de la Convention de Genève III en tant que « membres des milices et des corps volontaires faisant partie des forces armées »⁶². Ils pourraient donc bénéficier du

⁶⁰ Voir en ce sens ELSEA Jennifer K., *Treatment of « Battlefield Detainees » in the War on Terrorism*, , CRS-2, Report for Congress, updated January 23, 2007

⁶¹ Voir en ce sens S. Ragavan & M. S. Mireles, Jr, *The Status of Detainees from the Iraq and Afghanistan Conflicts*, Utah Law Review 2005 :619 N° 2

⁶² Voir en ce sens Lawrence Azubuike, *Status of the Taliban, and Al-Qaeda Soldiers : Another Viewpoint*,

statut de prisonnier de guerre⁶³.

L'hypothèse de l'article 4(A)(2) de la Convention de Genève III

Concernant ceux de nationalité afghane qui n'ont pas intégré les forces armées des talibans mais qui se sont battus au sein d'une « milice ou corps de volontaires appartenant à une Partie au conflit », il faut vérifier si les quatre critères de l'article 4(A) (2) sont satisfaits.

Concernant le critère du commandement responsable, certains considèrent que les membres d'Al-Qaida ne sont pas soumis à un commandement responsable car cette organisation terroriste ne présente pas la structure traditionnelle d'un commandement militaire⁶⁴. Au contraire, Al-Qaida est une organisation terroriste internationale décentralisée⁶⁵. Si Oussama Ben Laden apparaît comme le leader de ce groupe, il exerce en réalité un contrôle très mince sur les opérations militaires menées par les membres d'Al-Qaida. Il agit plus en tant que guide spirituel ou idéologique⁶⁶. D'autres auteurs soutiennent, au contraire, que bien qu'elle ne soit pas conventionnelle au regard des standards occidentaux, l'existence d'une structure de commandement au sein d'Al-Qaida est démontrée par le fait que leur réseau a été capable de planifier et d'exécuter des attaques telles que celles du 11 septembre 2001, ce qui nécessitait un commandement central avec une réelle autorité sur les opérations⁶⁷.

Concernant l'existence d'un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, plusieurs auteurs considèrent que les membres d'Al-Qaida ne satisfont pas ce critère car ils ne portent ni uniformes ni insignes distinctifs⁶⁸. En effet, leurs opérations militaires en deviendraient

CONN. J. INT'L L. 127, 133 (2003)

⁶³ Voir en ce sens Douglas Cassel, *Case by Case : What defines a POW ?*, CHI. TRIB., feb. 3, 2002. Dans cet article, l'auteur note qu'au moins l'un des bataillons d'Al-Qaida a été incorporé dans les forces armées des talibans, ce qui permettrait ainsi à ces soldats de se voir reconnaître le statut de prisonnier de guerre après leur capture. http://articles.chicagotribune.com/2002-02-03/news/0202030048_1_pows-forces-armed

⁶⁴ Voir en ce sens Jaime Jackson, *Trial of the Accused Taliban and Al-Qaida Operatives Captured in Afghanistan and Detained on a U.S Military Base in Cuba*, 34 CUMB. L. REV. 195 (2003-2004)

⁶⁵ Voir en ce sens Thomas Michael Mc Donnell, *The death Penalty – an obstacle to the « War against Terrorism » ?*, 37 VAND. J. TRANSNAT'L. L. 353, (2004) et qui démontre qu'Al-Qaida relève plus du réseau que d'une seule et même organisation militaire, dont la décentralisation va croissante

⁶⁶ Voir en ce sens Federica Bisone, *Killing a Fly with a Cannon : the American Response to the Embassy Attacks*, 20 N.Y.L. SCH. J. INT'L & COMP. L. 93. 109 (2000) et qui soutient que Oussama Ben Laden sert plus de figure symbolique que de réel commandement militaire

⁶⁷ En ce sens Joshua S.Clovar, Comment, « Remember, *We're The Good Guys* » : *The Classification and Trial of the Guantanamo Detainees*, 45 S. Tex. L. Rev. 351, (2004)

⁶⁸ En ce sens, Lucien J. Dhooge, *A previously Unimaginable Risk Potential : September 11 and the Insurance Industry*, 40 AM. BUS. L.J. 687, 739 (2003) ou encore C. J Chivers, *Aftereffects : Terror Network ; Instructions and Methods from Al Qaeda Took Root in North Iraq with Islamic Fighters*, New York Times, Apr. 27, 2003

inefficaces, leur tactique étant de se confondre avec la population civile afin de surprendre leur adversaire⁶⁹. Une position contraire soutient que s'il semble que les membres d'Al-Qaida s'habillaient comme des civils afghans, ils s'en distinguaient clairement par le port ostensible de leurs armes. Les auteurs qui raisonnent ainsi s'appuient sur l'article 44 du Protocole Additionnel I et font notamment une analogie entre les membres d'Al-Qaida et les mouvement de guerillas⁷⁰ car il semble qu'*in fine* l'article 44 puisse s'appliquer aux combattants qui recourent aux méthodes de la guérilla⁷¹. L'article 44 du Protocole Additionnel I dispose : « il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant, à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement ... ».

De fait les membres d'Al-Qaida qui portent leurs armes ouvertement pourraient prétendre au statut de prisonnier de guerre lors de leur capture si seul le critère du signe distinctif n'est pas rempli. Face à cette argumentation, il convient de rappeler que les Etats-Unis n'ont pas ratifié le Protocole Additionnel I. Pour que ce raisonnement soit valable juridiquement, l'article 44 doit être considéré comme une disposition coutumière, ce qui n'est pas certain. Il a aussi été soutenu que les membres d'Al-Qaida présentaient des similarités avec les membres du Front national pour la libération du Sud-Vietnam (FNL ou Vietcong) auxquels avait été accordé le statut de prisonnier de guerre. Les membres du Vietcong, comme ceux d'Al-Qaida, étaient placés sous l'autorité d'un commandement responsable. Cependant, ils ne portaient pas de signe distinctif reconnaissable à distance puisqu'ils cherchaient, eux aussi, à se fondre dans la population civile⁷².

Si les trois premiers critères sont discutables et font l'objet de justifications convaincantes pour chaque point de vue, argumenter que les membres d'Al-Qaida conduisaient leurs opérations conformément aux lois et coutumes de la guerre pose un problème sensiblement différent. A cet égard, les constatations faites en relation avec l'article 4(A) (2) (d) lorsque

⁶⁹ Voir Joseph P. Bialke, *Al-Qaida and Taliban Unlawful Combatant detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of armed conflict*, 55 A.F.L Rev.1, 38 (2004)

⁷⁰ En ce sens Joshua S. Clovar, Comment, « Remember, *We're the Good Guys* » : *The Classification and Trial of the Guantanamo Detainees*, qui analyse les buts de l'article 44 du Protocole additionnel I.

⁷¹ CICR, Commentaire à l'art. 44 du Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 p.527

⁷² Voir John Alan Cohan, *Legal War : When Does It exist, and When Does It End ?*, 27 Hastings INT'L & COMP. L. REV. 221, 282 (2004)

nous avons cherché à déterminer le statut des talibans, est bien entendu valable pour les membres d'Al-Qaida. Par conséquent, on peut considérer que ce dernier critère devra être évalué au cas par cas.

L'hypothèse de la participation directe aux hostilités

Cela n'a pas été envisagé par l'Administration Bush et très peu par la doctrine. Les civils qui participent directement aux hostilités sont des personnes qui commettent des actes similaires à ceux accomplis par les combattants réguliers. Ces civils agissent de leur propre chef. Les raisons d'une telle participation aux hostilités sont variées. Elles peuvent être patriotiques, idéologiques... Les civils qui prennent part aux hostilités perdent la protection que leur accordent les Conventions de Genève ainsi que les dispositions coutumières du Protocole Additionnel I. Ainsi le principe de distinction qui impose habituellement aux combattants de distinguer entre civils et combattants ne s'applique plus pour ces personnes, dès lors qu'elles deviennent, du fait de leur participation aux hostilités, un objectif militaire. Ces civils ne profitent ainsi plus de l'immunité conférée par les Conventions. De plus, comme ils ne sont pas des combattants réguliers, ils ne peuvent pas non plus bénéficier de l'immunité pénale accordée aux combattants réguliers. Ainsi elles pourront être jugées et punies pour les actes commis qui sont prohibés par le droit national pénal. Les talibans, mais surtout les membres d'Al-Qaida, peuvent-ils être considérés comme tel ? Une partie de la doctrine⁷³ considère que ce serait peu approprié. Et ce pour une raison simple : sachant qu'aux yeux des Etats-Unis le conflit oppose les Etats-Unis à ces personnes, cela remettrait en cause l'existence même d'un conflit armé. Il n'y aurait ainsi pas de force légitime s'opposant aux Etats-Unis puisqu'un conflit armé oppose soit des forces armées étatiques (c'est le cas des conflits armés internationaux), soit un Etat à groupe armé organisé sur son territoire (c'est le cas des conflits armés non internationaux).

Cependant cette position est à nuancer. Tout d'abord le conflit en Afghanistan n'oppose pas uniquement les Etats-Unis aux membres d'Al-Qaida. Les talibans étant aussi l'un des acteurs principaux, l'existence du conflit armé ne serait pas remise en cause du seul fait de considérer que les membres d'Al-Qaida sont des civils qui participent aux hostilités. Ceci nous amène

⁷³ Comme Jennifer K. Elsea, *Treatment of « Battlefield Detainees » in the War on Terrorism*, , CRS-2, Report for Congress, updated Jan. 23, 2007

donc à envisager une protection dans le cadre de la Convention de Genève IV.

L'hypothèse d'une protection dans le cadre de la Convention de Genève IV

Dans un conflit armé international, les personnes détenues ou capturées par la partie adverse sont protégées au titre de l'article 4 de la Convention de Genève IV. Cet article dispose « Sont protégées (...) les personnes qui se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante, dont elles ne sont pas ressortissantes ». Ces personnes peuvent être des civils ou des personnes ayant pris part aux hostilités (tels les membres d'Al-Qaida) car il est précisé qu'il s'agit des personnes qui se retrouvent « de quelque manière que ce soit » au pouvoir d'une partie dont elles ne sont pas ressortissantes. Ainsi des personnes, même qualifiées de combattants illégaux, peuvent donc être protégées par cette Convention. Il est possible d'objecter que la Convention de Genève IV étant relative à la protection de la population civile, des personnes comme les membres d'Al-Qaida, qui participent aux hostilités, ne sont pas couvertes par cet instrument. Face à cet argument, il convient de rappeler qu'il ne faut pas faire de confusion entre la classification des personnes protégées par cette convention et la classification des personnes protégées quand il s'agit de mettre en œuvre le principe de distinction entre les combattants et les civils⁷⁴. C'est lors de la mise en œuvre du principe de distinction que les membres d'Al-Qaida ne pourraient être protégés. Par ailleurs, l'article 4 est extrêmement clair quant aux personnes exclues de son champ d'application.

Cependant, il est envisageable que les détenus d'Al-Qaida ne puissent bénéficier complètement de la protection de la Convention IV en vertu de la clause dérogatoire posée à l'article 5⁷⁵, laquelle comporte une disposition tout à fait susceptible de s'appliquer aux membres d'Al-Qaida :

« Si, sur le territoire d'une Partie au conflit, celle-ci a des raisons sérieuses de considérer qu'une personne protégée (...) fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat (...) ladite personne ne pourra se prévaloir des droits et privilèges conférés par

⁷⁴ C'est notamment ce que souligne Derek Jinks dans *The Declining Significance of POW Status*, Harvard International Law Journal Vol. 45, N° 2, Summer 2004

⁷⁵ Nous développerons plus la question de l'article 5 dans la Partie III, B) 2) b) de notre étude

la présente Convention ».

Le cas particulier des « combattants internationaux » (*international fighters*)

Comme nous venons de l'expliquer, certains membres d'Al-Qaida sont susceptibles de tomber sous le coup de la définition de l'article 4. Il peut en être autrement pour d'autres car l'article 4 (2) contient une limite importante. La protection de la Convention de Genève IV ne jouera pas si la personne détenue est ressortissante d'un Etat qui n'est pas partie aux Conventions de Genève, d'un Etat neutre ayant une représentation diplomatique normale avec la Puissance détentrice ou d'un Etat co-belligérant. Par conséquent, les ressortissants d'Etats neutres qui se battent aux côtés d'Al-Qaida en Afghanistan, peuvent se retrouver en dehors de la protection de la Convention de Genève IV.

De la même manière, les « combattants internationaux » qui ne sont ni ressortissant américain, ni ressortissant afghan, ne pourront pas relever de l'article 4(1) de la Convention de Genève IV, quand bien même ils se battraient aux côtés de l'armée afghane. Ces combattants seront aussi en dehors de l'article 4A(2) de la Convention de Genève III puisqu'ils ne peuvent remplir la condition d'appartenance à une partie au conflit.

La conséquence est la suivante : s'ils sont capturés, ces combattants ne pourront ni prétendre au statut de prisonnier de guerre, ni prétendre au statut de personne protégée dans le cadre de la Convention de Genève IV. Le Protocole Additionnel I, dans sa section III est venu combler en partie cette situation délicate⁷⁶. C'est en particulier les dispositions de l'article 75 qui nous intéressent ici car cet article intitulé « garanties fondamentales » offre une protection cruciale dans les situations de privation de liberté. Nous l'avons dit à plusieurs reprises, les Etats-Unis ne sont pas parties au Protocole Additionnel I. Cependant, cet article contenant probablement des règles coutumières, ils devront en tenir compte. Telle est notamment la position du Comité International de la Croix Rouge dans ces commentaires sur l'article 75⁷⁷.

L'hypothèse du mercenariat⁷⁸

⁷⁶ Article 72 du Protocole Additionnel I « les dispositions de la présente section complètent les normes (...) énoncées dans la IV^e Convention, en particuliers aux titres I et III »

⁷⁷ CICR, Commentaire à l'art. 75 du Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 p 906

⁷⁸ Cette hypothèse a notamment été discutée par Jennifer K. Elsea, *Treatment of « Battlefield Detainees » in the War on Terrorism*, CRS-2, Report for Congress, updated January 23, 2007

Les mercenaires sont des personnes qui ne sont pas membres des forces armées d'une partie au conflit. Ils participent au combat au sein de ces forces armées parce qu'ils en retirent un avantage personnel, à savoir « une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang ou une fonction analogues (...) »⁷⁹. Leur allégeance à une partie au conflit répond au paiement d'une somme d'argent plus qu'à une quelconque loyauté ou devoir d'obéissance. De fait, le droit international humanitaire refuse le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires. Il a été suggéré que les talibans qui ne sont pas de nationalité afghane ainsi que les membres d'Al-Qaida pourraient être considérés comme des mercenaires et seraient donc disqualifiés du statut de prisonnier de guerre sur cette base. Plusieurs raisons font cependant obstacles à la qualification de mercenaires. Tout d'abord, il a généralement été reconnu que les personnes ayant combattu au sein d'Al-Qaida ne s'étaient pas engagées en échange d'un gain monétaire mais l'avaient fait pour des raisons idéologiques⁸⁰. Ensuite, les Etats-Unis ont clairement exprimé qu'ils ne combattaient pas le peuple afghan mais les talibans et les membres d'Al-Qaida. De fait, le terme de mercenaire ne semble pas approprié pour définir les membres d'Al-Qaida, bien qu'il ne soit pas exclu que certains de ses combattants aient pu, à titre individuel, participer au conflit comme mercenaires.

Enfin, il faut rappeler que le statut de mercenaire n'est pas défini au sein des Conventions de Genève de 1949, mais à l'article 47 du Protocole Additionnel I qui n'a pas été ratifié par les Etats-Unis.

Conclusion

Lorsque l'on examine la position de l'Administration Bush, on constate que les Etats-Unis ont immédiatement conclu que les talibans et les membres d'Al-Qaida ne pouvaient relever de la protection des Conventions de Genève du fait de leur statut de « combattants illégaux ».

Pourtant, notre analyse tend à montrer que la détermination de leur statut n'est pas un exercice aisé. En particulier, dénier le statut de prisonnier de guerre aux talibans alors même que les Etats-Unis reconnaissent la pertinence de la Convention de Genève III à leur égard apparaît contradictoire. Rappelons donc une disposition importante de la Convention de Genève III.

⁷⁹ Article 47 (2) (c) du Protocole Additionnel I.

⁸⁰ Jennifer K. Elsea, *Treatment of « Battlefield Detainees » in the War on Terrorism*, CRS-2, Report for Congress, updated January 23, 2007

L'article 5 dispose: « S'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 (...) lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent ». Par conséquent, il aurait été judicieux que cet article trouve une place dans le discours de l'Administration Bush, compte tenu de la complexité que soulève la classification des détenus de Guantanamo.

Si analyser les dispositions du droit international humanitaire est primordial en raison du conflit armé qui s'est déroulé en Afghanistan, une autre branche du droit nécessite elle aussi un examen approfondi. En effet, quelle est la place du droit international des droits de l'homme lorsque la protection des détenus de Guantanamo est en jeu ? C'est précisément ce qui fera l'objet de notre deuxième partie.

II. Le droit international des droits de l'homme est-il en mesure d'offrir une protection aux détenus de Guantanamo ?

La lutte contre le terrorisme a conduit à des pratiques qui ont été considérées comme contraires aux droits de l'homme. Elles ont néanmoins été légitimées.

Tout d'abord par la critique du cadre juridique. Comme nous l'avons vu dans la première partie, les Etats-Unis ont fait valoir que ces personnes étaient en dehors des Conventions de Genève. Ensuite, par une lecture restrictive du droit international des droits de l'homme. C'est l'objet de cette deuxième partie. Pour apprécier toute la portée de cette interprétation du droit, il est important d'étudier avec précision son impact sur les individus détenus dans le cadre de la « guerre contre la terreur ». L'une de ses caractéristiques les plus troublantes est que la personnalité juridique des individus suspectés d'être liés au terrorisme a été déniée (présomption d'innocence, accès aux tribunaux, protection contre la torture et contre les traitements cruels, inhumains ou dégradants). Il s'agira ici d'étudier les fondements de cette approche restrictive, qualifiée même « d'extra-légale » par J. Moore⁸¹, pour mieux comprendre le fossé qui sépare le droit en principe et le droit en pratique. La rationalisation par les Etats-Unis de pratiques à première vue extra-judiciaires, est-elle réellement en porte-à-faux avec le droit international des droits de l'homme ?

Nous analyserons tout d'abord la nature de la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme afin de déterminer si leur application simultanée est possible. Puis, nous étudierons l'argument de l'inapplication extra-territoriale des droits de l'homme, une question qui est au coeur des débats étant donné la situation géographique de *Guantanamo Bay*. Ensuite, les Etats-Unis affirmant de manière récurrente qu'une menace pèse sur eux, leur application des droits de l'homme est caractérisée par ce que l'on pourrait appeler une « dérogation *de facto* ». Nous étudierons donc les conséquences de cette dérogation *de facto* et sa légalité au regard du cadre juridique applicable. Enfin, nous aborderons les difficultés particulières soulevées par l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains et dégradants.

L'accent sera mis sur le Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 (PIDCP), la Convention contre la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants de 1984 (ci

⁸¹ Jennifer Moore, *Practicing What We Preach : Human Treatment for Detainees in the War on Terror*, Denv. J. Int'l L. & Pol'y, Vol. 34:1 (2006)

après CAT ou Convention contre la torture), ainsi que la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 (ci après Convention Américaine). Dans l'ensemble du corpus juridique du droit international des droits de l'homme, ces trois instruments sont en effet les plus pertinents au regard de la situation des détenus de Guantanamo. En revanche, bien que cela soit pertinent concernant les détenus de Guantanamo⁸², nous ne traiterons pas de la protection spécifique qu'offrent les droits de l'homme aux enfants.

A. Le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme : une application simultanée est-elle envisageable ?

Le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme ont d'abord évolué séparément. L'article 2 de la Charte des Nations Unies ayant prohibé la guerre⁸³, il est apparu très délicat pour l'Organisation des Nations Unies de parler de règles visant à régir la conduite des hostilités. S'impliquer dans le développement d'un tel corpus juridique pouvait conduire à légitimer ce que la Charte bannit, c'est-à-dire le recours à la force.

Pour des raisons similaires, il était tout aussi impossible pour l'ONU d'évoquer les droits de l'homme en période de conflit armé. Le droit international humanitaire s'est donc développé en marge de l'ONU. Ces deux branches du droit étaient donc perçues comme diamétralement opposées, le droit international humanitaire ayant vocation à s'appliquer en temps de guerre, alors que le droit international des droits de l'homme trouverait tout son sens en temps de paix.

La Conférence Mondiale de Téhéran de 1969 a marqué le point de départ d'une nouvelle réflexion autour de la notion de droits de l'homme en période de conflit armé. La raison pour laquelle l'ONU s'est risquée sur un tel terrain peut s'expliquer de la manière suivante. L'ONU s'est démocratisée. Devenue une instance universelle, elle ne pouvait plus ignorer les revendications des Etats nouvellement indépendants qui avaient un intérêt à une entreprise de codification du droit international humanitaire.

⁸² En effet, certains des détenus avaient moins de 18 ans au moment de leur capture

⁸³ Article 2 (3) de la Charte des Nations Unies : « Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ; (4) Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies »

Pour le CICR, qui a indiscutablement été l'acteur principal du développement de règles sur la conduite des hostilités, il s'agissait sûrement d'obtenir l'appui de l'ONU. Car c'est à cette période que se sont jouées les négociations qui ont donné naissance aux Protocoles Additionnels de 1977 aux Conventions de Genève. Il est intéressant de constater que certaines dispositions des Protocoles Additionnels se font l'écho des droits de l'homme⁸⁴. Si les relations entre ces deux branches du droit ont graduellement évolué, leur articulation dans une situation de conflit armé reste un sujet de controverses.

Le rapport entre ces deux corpus du droit international peut s'analyser à la lumière de trois conceptions doctrinales : intégrationniste, séparatiste et complémentariste.

Pour le courant de pensée dit « intégrationniste », une fusion s'opère entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme. Cette fusion a lieu de manière soit horizontale, soit verticale. Les partisans de l'intégration verticale cherchent à englober l'une des deux branches dans l'autre. Jean Pictet considérait par exemple que les droits de l'homme font partie du corpus juridique plus large que forme le droit international humanitaire. Les intégrationnistes horizontaux défendent l'idée d'une « interpénétration sans solution de continuité entre le droit des conflits armés et les droits de l'homme⁸⁵ ».

Pour les partisans de la thèse dite « séparatiste », une fusion entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire n'est pas envisageable car il y a une distinction tranchée entre ces deux corpus juridiques. Leur intégration serait inutile, voire dangereuse. Henri Meyrowitz, l'un des principaux défenseurs de cette approche, a souligné « l'antinomie irréductible entre le droit de la guerre et la théorie des droits de l'homme⁸⁶ ». Le fait pour le droit humanitaire de protéger les « droits de citoyens ennemis » rend impossible pour Meyrowitz la conciliation du point de vue méthodologique de la protection des droits ennemis avec le système des droits de l'homme. Selon lui, les droits de l'homme ne sont concevables que dans le cadre de la Cité, car leur but est de maintenir une harmonie entre les gouvernés et les gouvernants.

La thèse dite « complémentariste » considère que les deux branches restent distinctes mais

⁸⁴ En particulier l'article 75 du Protocole Additionnel I relatif aux garanties procédurales et l'article 6 du Protocole Additionnel II.

⁸⁵ Kolb, R, Relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme », (1998) 831 R.I.C.R 437, p. 233

⁸⁶ Meyrowitz Henri, Le droit de la guerre et les droits de l'homme, (1972), R.D.P.S.P 1059

cherche à établir les corrélations qui existent entre ces deux champs normatifs. Il s'agirait pour les droits de l'homme de compléter les lacunes du droit des conflits armés, en particulier concernant les droits civils.

Analysée à la lumière des ces trois conceptions doctrinales, la position de l'Administration Bush pourrait être qualifiée de séparatiste. Ils ont en effet souligné⁸⁷ : « The United States has maintained constantly that the Covenant (...) does not apply to operations of the military during an international armed conflict ». Or, la lecture de ce corpus juridique et la jurisprudence de ses organes de contrôle tendent plutôt à privilégier la conception complémentariste.

Tout d'abord, il existe des passerelles envisagées par ces deux corpus juridiques eux-mêmes. Ils ont en effet des principes communs que l'on retrouve à la fois dans les Conventions de Genève et dans les différents instruments du droit international des droits de l'homme. Les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles Additionnels de 1977 contiennent des règles relatives à la protection des droits de l'homme, notamment : droit à l'intégrité physique et morale (c'est ainsi que le droit à la vie, considéré comme le premier droit de l'homme, est protégé puisqu'il n'est pas permis par le droit international humanitaire de tuer des civils), respect des garanties judiciaires⁸⁸, principe de non-discrimination, interdiction de la torture⁸⁹. Cette liste non exhaustive montre les similitudes entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme au regard des valeurs protégées.

De leur côté, les droits de l'homme ont pris en compte la question de l'existence d'un conflit armé avec le mécanisme des dérogations. C'est un système conventionnel propre à certains traités relatifs aux droits de l'homme et qui autorise à aménager la jouissance de certains droits en cas de conflit armé. Si le terme de « conflit armé » ou de « guerre » n'apparaît pas en tant que tel, c'est bien à ces situations que font référence les traités qui permettent de déroger à certains droits en « situation de danger exceptionnel menaçant la vie de la nation »⁹⁰. Il est

⁸⁷ Pentagon Report, Working Group on « Detainee Interrogations in the B-Global War on Terrorism : Assessment of Legal, Historical, Policy and Operational Considerations », 6 mars 2003, www.cerny.org/v2/reports/docs/PentagonReportMarch.pdf

⁸⁸ Voir en ce sens le Chapitre III de la Convention de Genève III

⁸⁹ A titre d'exemple, l'article 32 de la Convention de Genève IV ou l'article 2 du Protocole Additionnel II

⁹⁰ A titre d'exemple, on peut citer l'article 4 du pacte relatif aux droits civils et politiques, l'article 27 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme. Par ailleurs, « l'absence du terme « guerre » dans le PIDCP ne signifie pas que les dérogations n'étaient pas prévues pour des situations de conflit armé, comme en

donc difficile de soutenir que les droits de l'homme n'ont pas vocation à s'appliquer lors d'un conflit armé puisque les traités eux-mêmes ont prévu des aménagements lorsqu'une telle situation se présente.

Cette position est aussi largement confortée par la jurisprudence abondante des organes universels et régionaux créés en vertu des traités relatifs aux droits de l'homme. La Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme ont reconnu à de nombreuses reprises l'applicabilité de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et de la Convention américaine aux situations de conflit armé⁹¹.

Concernant le Pacte International relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a rappelé, que ce soit dans ses observations finales sur les rapports présentés par les pays ou dans ses constatations sur des cas individuels, que cet instrument s'appliquait non seulement dans des situations de conflit armé international ou non international, mais aussi dans des situations d'occupation⁹².

La jurisprudence des organes créés en vertu des traités des droits de l'homme a été suivie par la Cour internationale de justice. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1966 sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour a précisé qu'elle :

témoigne l'histoire de sa rédaction. Les rédacteurs avaient bel et bien prévu une clause de non-discrimination dans l'article 4, mais ils avaient délibérément laissé de côté la discrimination en fonction de la nationalité, afin d'autoriser la discrimination contre des étrangers ennemis ». Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Rapport sur la 8e session, 14 avril-14 juin 1952; doc. Nations Unies E/2256-E/CN.4/669, ECOSOC Records, 14th Sess., Supplément N° 4, par. 279-80

⁹¹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2000, Série C N° 70, par. 209; Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire N° 10.951, *Coard et autres c. États-Unis*, doc. OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 3 rev., 1999, par. 37; affaire N° 11.589, *Alejandro c. Cuba*, Rapport N° 86/99, doc. OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 3 rev., 1999 ; *Victor Saldaño c. Argentine*, Rapport N° 38/99, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., p. 289, 1998, par. 18; *Rafael Ferrer- Mazonra et autres c. États-Unis*, affaire N° 9903, Rapport N° 51/01, doc. OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., 1980, par. 179 ; *Request for Precautionary Measures Concerning the Detainees at Guantánamo Bay, Cuba*, arrêt du 12 mars 2002, *International Legal Materials (ILM)* vol. 41 (2002), p. 532

⁹² Observations finales du Comité des droits de l'homme – République Démocratique du Congo, doc. Nations Unies CCPR/C/COD/CO/3, 26 avril 2006 ; Belgique, doc. Nations Unies CCPR/CO/81/BEL, 12 août 2004; Colombie, doc. Nations Unies CCPR/CO/80/COL, 26 mai 2004; Sri Lanka, doc. Nations Unies CCPR/CO/79/LKA, 1 décembre 2003; Israël, doc. Nations Unies CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003; Guatemala, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/GTM, 27 août 2001; Pays-Bas, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/NET, 27 août 2001; Belgique, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998; Israël, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998 ; États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006; Royaume-Uni, doc. Nations Unies CCPR/C/GBR/CO/6, 30 juillet 2008; Constatations du Comité des droits de l'homme, communication N° 950/2000, *Sarma c. Sri Lanka*, doc. Nations Unies CCPR/C/78/D/950/2000, 31 juillet 2003; Constatations du Comité des droits de l'homme, communication N° 563/1993, *Bautista c. Colombie*, doc. Nations Unies CCPR/ C/55/D/563/1993, 13 novembre 1995; communication N° 45/1979, *Guerrero c. Colombie*, constatations adoptées le 31 mars 1982, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément N° 40, doc. Nations Unies A/37/40, annexe XI

« 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 vie⁹³ ».

En 2004, lors de l'avis consultatif qu'elle a rendu sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la Cour internationale de justice a élargi cet argument à l'application générale des droits de l'homme en situation de conflit armé :

« 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 politiques⁹⁴ ».

Si l'approche séparatiste des Etats-Unis est donc difficilement soutenable au regard non seulement du texte des traités eux mêmes mais aussi de la jurisprudence de leurs organes de contrôle, qu'en est-il de l'argument selon lequel les droits de l'homme ne s'appliquent pas extra-territorialement ?

⁹³ Cour internationale de justice [ci-après « CIJ »], Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, p. 226, par. 25

⁹⁴ CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ Recueil, 2004, p. 136, par. 106

B. Guantanamo Bay et l'inévitable argument de l'extraterritorialité

De nombreux Etats soutiennent que les droits de l'homme ne s'appliqueraient pas extra-territorialement. Ils considèrent que les conditions d'applicabilité de ce corpus juridique ne sont pas réunies, en raison du vide juridique qui découle du caractère extra-territorial de leurs activités. C'est le cas des Etats-Unis⁹⁵.

Les Etats-Unis peuvent-ils vraiment ignorer certaines règles, sous prétexte qu'elles concernent des activités menées en dehors de leur territoire ?

La tradition contractualiste occidentale repose sur le postulat que l'Etat a le devoir de protéger les droits des individus appartenant à une communauté donnée. Comme Hobbes le théorise dans le *Leviathan*, c'est là son rôle premier, voire sa raison d'être, la mission pour laquelle il a été institué. C'est au regard du critère de la nationalité que cette communauté d'appartenance a tout d'abord été conçue. John Locke, par exemple, excluait les étrangers du bénéfice du « contrat social » et de la protection accordée aux citoyens. Si cette conception a été remise en question par le développement d'un droit international favorisant la protection des individus indépendamment des liens de citoyenneté, le discours contemporain des droits de l'homme continue néanmoins de mettre l'accent sur la relation étroite entre l'Etat et son territoire. Précisément, les activités extra-territoriales sont par nature les plus susceptibles d'entraîner des violations des droits de la personne, en particulier lorsqu'elles sont en relation avec la privation de liberté. On retrouve ce cas de figure dans les situations d'administration étrangère des territoires, lesquelles peuvent relever de modes très différents. Elles peuvent en effet résulter d'accords coloniaux classiques, de l'existence de bases militaires en dehors du territoire national à la suite de la conclusion de traités internationaux... Tel est le cas de *Guantanamo Bay*⁹⁶. C'est ainsi que la base militaire de Guantanamo, qui servait initialement

⁹⁵ « the United States has maintained consistently that the Covenant does not apply outside the United States or its special maritime and territorial jurisdiction , and that it does not apply to operations of the military during an international armed conflict », Pentagon Report, Working group on « Detainee Interrogations in the B-Global War on Terrorisme : Assessment of Legal, Historical, Policy and Operational Considerations », 6 mars 2003, www.cerny.org/v2/reports/docs/PentagonReportMarch.pdf

⁹⁶ Guantanamo Bay actuellement louée par le gouvernement des États-Unis au gouvernement de Cuba. Cette location est effective depuis le *Lease Agreement*, (aussi appelé *Cuban-American Treaty*) signé entre les États-Unis et Cuba le 23 février 1901. L'article 3 du *Lease Agreement* est particulièrement intéressant au regard de la question de la souveraineté : « While on the one hand the United States recognizes the continuance of the ultimate sovereignty 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 (...) »

des objectifs stratégiques, est désormais utilisée pour la détention et l'interrogation de personnes suspectées d'activités terroristes et qui pour la plupart ont été capturées lors du conflit en Afghanistan. Il s'agit donc de l'exercice d'une autorité politique sur un territoire étranger, où un Etat (les Etats-Unis) assume les compétences normalement dévolues à un autre Etat souverain.

Sur cette question de l'extra-territorialité, il convient de relever d'emblée un point important. Lorsque l'on s'intéresse au champ d'application *ratione loci* des traités relatifs aux droits de l'homme, la plupart font référence au terme de « juridiction » pour encadrer l'application *ratione loci* des dispositions qu'ils contiennent⁹⁷. Le choix des termes dans ces traités semble donc suggérer que le territoire n'a pas de rôle à jouer dans leur application car c'est bien les individus sous la juridiction ou la compétence de l'Etat qui pourront jouir des droits protégés par ces instruments.

Dans l'affaire *Coard et autres c. Etats-Unis*⁹⁸, la Commission a conforté cette position par une interprétation téléologique : puisque les droits de l'homme sont, par définition, inhérents à tout être humain, les États doivent garantir ces droits à toute personne se trouvant sous leur juridiction, ce qui selon la Commission signifie toute personne « sous son autorité et son contrôle ».

Concernant la Convention contre la Torture, cette formule a été choisie car elle « serait applicable aux tortures infligées à bord de navires ou d'aéronefs immatriculés dans l'État considéré et couvrirait aussi les territoires occupés⁹⁹ ». C'est donc conformément à cette intention que le Comité contre la torture a interprété cette disposition comme incluant les territoires placés de fait sous le contrôle effectif d'un État partie à la Convention, s'opposant à l'avis de certains États, au nombre desquels le Royaume-Uni et les Etats-Unis¹⁰⁰. Il est donc logique que la Convention contre la torture ayant vocation à s'appliquer de manière extra-territoriale, elle le soit donc aussi à Guantanamo, les Etats-Unis y exerçant un contrôle

⁹⁷ CAT, article 2(1)1. Tout Etat partie prend des mesures (...) efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, Article 1 « Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence... » (nous soulignons)

⁹⁸ Commission interaméricaine, *Coard et autres c. Etats-Unis*, affaire N° 10.951

⁹⁹ Rapport du Groupe de travail chargé du projet de Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, doc. Nations Unies E/CN.4/L.1470, 12 mars 1979, par. 32

¹⁰⁰ Comité contre la torture, 36^e session, Summary Record of the 703rd meeting, doc. Nations Unies CAT/C/SR.703, 12 mai 2006, par. 14

effectif.

Il convient d'examiner à part le Pacte International relatif aux droits civils et politiques qui offre un libellé très rare en droit international des droits de l'homme. Parce qu'il contient une disposition des plus restrictives concernant son champ d'application, il est indéniable qu'il confère aux Etats-Unis un argument textuel de poids. Dans son article 2, paragraphe 1, le PIDCP limite l'obligation des États de respecter et de garantir les droits de l'homme à « tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence ». Si le Pacte parle donc bien de compétence, sa lecture littérale permet néanmoins de comprendre que l'utilisation de la conjonction de coordination « et » signifie que les critères de « territoire » et de « compétence » sont des critères cumulatifs et non pas alternatifs. C'est précisément l'argument retenu par l'Administration Bush pour soutenir que le droit international des droits de l'homme n'a pas vocation à s'appliquer hors du territoire des Etats-Unis. La rédaction du Pacte est un sujet qui suscite de vives tensions entre le Comité des droits de l'homme et les États-Unis. Ils considèrent en effet que l'historique de la rédaction prime et démontre indiscutablement que le Pacte n'était pas conçu pour s'appliquer de manière extraterritoriale¹⁰¹. Il faut préciser que durant la rédaction du Pacte, ce sont précisément les Etats-Unis qui avaient proposé d'ajouter la condition « sur leur territoire » à l'article 2, qui ne contenait que les mots « relevant de leur compétence » car ils étaient « particulièrement désireux » de ne pas assumer « une obligation de garantir les droits visés aux citoyens de pays sous occupation des États-Unis »¹⁰².

Cependant, le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale N° 31 du 26 mai 2004 a clarifié son interprétation de cette disposition. Il faudrait avoir une lecture alternative des critères relatifs au territoire et à la compétence. Le texte doit donc être compris de la

¹⁰¹ Comité des droits de l'homme, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, Troisièmes rapports périodiques des États parties devant être soumis en 2003: États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/3, 28 novembre 2005, Annexe I: Application territoriale du pacte international relatif aux droits civils et politiques; Summary Record of the 2380th meeting, 18 July 2006, Second and third periodic reports of the United States of America, doc. Nations Unies CCPR/C/SR.2380, 27 juillet 2006 [N.B. ce document n'est disponible qu'en anglais] ; Human Rights First, Submission to the Human Rights Committee, 18 janvier 2006, p. 7, disponible en ligne à l'adresse <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/hrfirst.doc> (date d'accès: 20 avril 2009)

¹⁰² Documents officiels du Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 6e session, Compte rendu analytique de la 138^e séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.138, 6 avril 1950, p. 10

manière suivante : « les individus relevant de la compétence ou se trouvant sur le territoire de l'État ». Et par « relevant de [la] compétence » d'un État, il entend toute personne « sous son pouvoir ou son contrôle effectifs ». A ces fins, le Comité a recouru à une interprétation téléologique, considérant qu'« il serait excessif d'interpréter la responsabilité définie à l'article 2 du Pacte comme autorisant un État partie à perpétrer sur le territoire d'un autre État des violations du Pacte qu'il ne serait pas autorisé à perpétrer sur son propre territoire »¹⁰³. Cependant les observations du Comité des droits de l'homme ne lient pas les Etats Parties¹⁰⁴ comme ce serait le cas d'une décision rendue par exemple par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme. Au niveau régional, il y a en effet une judiciarisation très claire des droits de l'homme. Quel est donc le poids juridique de ces observations générales qui ne sont pas contraignantes car elles constituent ce qu'on appelle la *soft law* ? On peut argumenter que du fait que le Comité des droits de l'homme est composé d'Etats, ces observations représentent l'*opinio juris* des Etats parties au Pacte. Il est aussi important de noter que cette approche a été entérinée par la Cour Internationale de Justice dans l'Affaire du Mur¹⁰⁵ :

« Les travaux préparatoires du pacte confirment l'interprétation donnée par le Comité de l'article 2 de cet instrument. Il en résulte en effet que, en adoptant la rédaction qu'ils ont retenue, les auteurs du pacte n'ont pas entendu faire échapper les Etats aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur Etat d'origine de droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de l'Etat de résidence ».

D'autre part, la position du Comité des droits de l'homme est cohérente au regard de l'article

¹⁰³ Affaire López Burgos c. Uruguay, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981, par. 12.3 ; affaire Celiberti de Casariego c. Uruguay, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/56/1979, 29 juillet 1981

¹⁰⁴ A cet égard, il est intéressant de noter que le Comité peut être saisi d'une plainte déposée par un particulier alléguant une violation du PIDCP à condition que l'Etat en question ait ratifié le protocole n°1 qui lui donne compétence. Cette procédure est quasi judiciaire mais il n'y a malheureusement pas au terme de cette procédure de jugement contraignant.

¹⁰⁵ CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ Recueil, 2004, p. 136, par 109

31¹⁰⁶ de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il semble bien que ce soit la démarche adoptée par le Comité au regard dans ses observations récentes, lorsqu'il juge que le Pacte doit, s'il est interprété de bonne foi, s'appliquer de manière extraterritoriale sans quoi cela aurait des conséquences absurdes¹⁰⁷.

De fait, les interprétations du Comité des droits de l'homme et de la Cour internationale de justice sont convaincantes.

Il faut donc considérer que les droits de l'homme s'appliquent de manière extra-territoriale.

C. Quelle réalité pour cette protection complémentaire : situation de danger exceptionnel menaçant la vie de la nation et mécanismes de dérogation

Nous l'avons expliqué précédemment. Afin de justifier leurs actes au regard du droit (et en particulier le refus d'accorder aux détenus de Guantanamo la jouissance de certains droits de l'homme), les Etats-Unis ont sans cesse fait valoir la menace terroriste qui pèse sur leur pays.

En terme juridique, cette menace est susceptible de constituer un « danger exceptionnel menaçant la vie de la nation ». Dans un tel cas, un mécanisme de dérogation peut être mis en œuvre. On trouve ce système conventionnel propre à certains traités à l'article 4¹⁰⁸ du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 27 de la Convention Inter Américaine relative aux droits de l'homme¹⁰⁹. Déroger ne veut pas dire que l'Etat a carte

¹⁰⁶ Article 31 : « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

¹⁰⁷ « L'Etat partie devrait reconsidérer son approche et interpréter le Pacte de bonne foi, en conformité avec le sens communément attribué à ses termes dans leur contexte, y compris la pratique ultérieure, et à la lumière de son objet et de son but. » Comité des droits de l'homme, Observations finales – États- Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006, par. 10

¹⁰⁸ Article 4 « (1) Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. (2). La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18 ».

¹⁰⁹ Article 27 (1) : « En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat 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 (...) (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 »

blanche pour violer le droit. Le mécanisme de dérogation permet seulement d'aménager la mise en œuvre de ces droits, à savoir leur étendue. La mise en œuvre d'une dérogation doit respecter des conditions de forme (notification, motifs de la dérogation) et de fond (les mesures prises doivent être justifiées par l'existence d'un danger public menaçant la vie de la nation, doivent être proportionnelles, et conformes au droit international) afin d'assurer le juste équilibre entre le respect des droits de l'homme et la sauvegarde de la nation. Dans cet exercice, les Etats disposent d'une large marge de manœuvre puisque c'est à eux qu'il incombe, en premier chef, d'examiner à la fois s'il existe un danger et quelles sont les mesures appropriées.

Dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, plusieurs Etats (comme la Grande-Bretagne) ont par exemple eu recours au mécanisme de dérogation offert par le Pacte International relatif aux droits civils et politiques. L'argument qui sous-tend ces initiatives est que les procédures normales d'enquête et de poursuites pénales ne sont plus adéquates et que les tribunaux ordinaires ne sont pas un procédé suffisant. Lorsque les droits de l'homme sont en jeu, c'est surtout ceux liés à l'administration de la justice qui sont visés dans le cadre de la guerre contre le terrorisme. Si les Etats-Unis adoptent des arguments similaires pour justifier le traitement des détenus de Guantanamo, ils n'ont cependant pas mis en œuvre les mécanismes de dérogations offerts par le PIDCP ou la Convention Américaine. Ce choix est en parfaite cohérence avec leur position concernant l'inapplicabilité extra-territoriale des droits de l'homme. Cependant, comme cela a été démontré plus haut, cette position est difficilement tenable au regard de la jurisprudence des organes de contrôle. De plus, le PIDCP a par exemple été ratifié sans aucune réserve de la part des Etats-Unis quant à son champ d'application *ratione loci*.

Il faut considérer que le PIDCP et la Convention Américaine sont pleinement applicables, les Etats-Unis exerçant un contrôle effectif sur Guantanamo. Les détenus devraient donc jouir du droit à la présomption d'innocence¹¹⁰, du droit à un procès équitable¹¹¹, du droit d'accès à un avocat¹¹², de la reconnaissance de leur personnalité juridique¹¹³, du droit à un traitement

¹¹⁰ Article 14(2) du PIDCP, article 8 (2) de la Convention Américaine

¹¹¹ Article 8(1) de la Convention Américaine et article 14 (1) du PIDCP. Lors des négociations de la rédaction du Pacte, la France et les Etats-Unis souhaitaient inclure le droit à un procès équitable et rendu publiquement dans la liste des droits indérogeables. Mais leur proposition d'inclure l'article 14 dans l'article 4(2) n'a pas été retenue

¹¹² Article 14 (3)(b) du PIDCP et Article 8(2)(c) de la Convention Américaine

¹¹³ Article 16 du PIDCP et article 3 de la Convention Américaine

humain pendant la détention¹¹⁴, du droit à ne pas subir de détention arbitraire¹¹⁵, du droit à ne pas être torturé ou à subir des traitements cruels, inhumains ou dégradants¹¹⁶.

Comme nous l'avons dit plus haut, les faits démontrent que ce sont les droits liés à l'administration de la justice et aux garanties judiciaires qui posent principalement problème concernant les détenus de Guantanamo. Par exemple, ce n'est qu'en décembre 2003, soit vingt mois après que les premiers talibans ont été internés à Guantanamo, que le premier avocat (Stephen Kenny) a eu le droit de visiter son client¹¹⁷.

Concernant la détention des personnes retenues à Guantanamo, dans son rapport de 2003, le Groupe de travail des Nations Unies sur la détention a conclu que la détention des personnes à Guantanamo constitue un cas de détention arbitraire au sens de l'article 9 du PIDCP¹¹⁸.

En 2002, lors de la 57^e session de l'Assemblée Générale des Nations Unies, celle-ci a adopté une résolution mettant l'accent sur l'importance de combattre le terrorisme. Mais elle a aussi insisté sur la nécessité de respecter le droit et les libertés individuelles¹¹⁹.

Qu'en est-il en revanche des tribunaux militaires créés pour juger les détenus de Guantanamo ? Les procès menés par les Commissions militaires satisfont-ils les normes imposées par le droit international des droits de l'homme ?

En novembre 2001, l'Administration Bush a autorisé la création de tribunaux militaires pour juger les détenus de Guantanamo. Ils ont compétence pour juger : « (i) les membres d'Al-Qaida, (ii) les individus « engagés dans » ou qui ont « aidé ou encouragé » ou conspiré en vue de commettre des actes internationaux de terrorisme (...) et (iii) ceux qui ont sciemment abrité des individus relevant des catégories (i) et (ii) »¹²⁰.

¹¹⁴ Article 10 du PIDCP

¹¹⁵ Article 9(1)(3)(4) du PIDCP et Article 7(3) de la Convention Américaine

¹¹⁶ Article 7 du Pacte et article 5(2) de la Convention Américaine

¹¹⁷ Alfred de Zayas, *The Statuts of Guantanamo Bay and the Status of the detainees*, U.B.C Law Review, Vol. 37 :2 (2004), page 281

¹¹⁸ Commission on Human Rights, *Report of the Working group on Arbitrary detention*, UN ESCOR, 2002, UN doc. E/CN.4/2003/8 at 19-21 ; *Written Statement Submitted by the International Federation for Human Rights to the Commission on Human Rights*, UNHCHR ESCOR, 59th Sess, Annex, Agenda Item 4, UN Doc. E/CN.4/2003/NGO/247 (2003) at 1-2

¹¹⁹ *Protecting human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, UN GAOR, 57th Sess., Annex, Agenda Item 109(b), UN Doc. A/RES/57/219 (2002)

¹²⁰ *Military order of November 13, 2001 : Detention, Treatment and Trials of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism §2(a)*, 66 Fed. Reg 57833, Nov. 16 2001

Ces tribunaux posent plusieurs problèmes de respect des critères d'impartialité, d'indépendance, de la présomption d'innocence, de la loi applicable et du principe *nullum crimen sine lege*. A cet égard George Fletcher note que si le *Military Commissions Act* de 2006 limite désormais la compétence de ces juridictions d'exception aux crimes contre les lois de la nation, ces cours ont néanmoins une large latitude d'action dans le prononcé de la peine. Selon lui, elles disposent d'un pouvoir discrétionnaire excessif car les peines encourues ne sont pas prévues et cela viole non seulement le droit national américain mais aussi le droit à une protection égale devant la loi. On peut aussi ajouter que cela est discriminatoire en ce sens que seules les personnes détenues à Guantanamo sont jugées devant ces Commissions militaires alors que des personnes accusées de crimes similaires mais qui seraient des ressortissants américains ne seront pas jugées par ces cours.

Enfin, les règles de procédures caractérisant les Commissions militaires présentent trois caractéristiques frappantes. Tel est le constat de la Cour Suprême dans l'affaire *Hamdam*¹²¹. Elles permettent que l'accusé et son conseiller juridique soient exclus et dans l'impossibilité d'avoir connaissance des preuves présentées au cours de la procédure, dans le cas où l'*Appointing Authority* ou le *presiding officer* en décide ainsi. Ensuite, les règles de procédure permettent l'admission de toute preuve, qui selon le *Presiding officer*, « aurait une valeur probante aux yeux d'une personne raisonnable ». Il semble que les rumeurs et les témoignages obtenus sous la coercition trouvent ainsi leur place. Enfin, l'accusé et son conseiller juridique peuvent se voir refuser l'accès à toute preuve considérée comme une information protégée par le *Presiding officer* et la recevabilité de cette preuve, sans même que l'accusé en ait connaissance, ne rend pas pour autant le procès inéquitable.

Pour justifier la création de ces Commissions, les Etats-Unis s'appuient sur le fait qu'aucune règle n'est adaptée pour juger les détenus suspectés de terrorisme et qu'une menace terroriste constante pèse sur le pays. Ces circonstances exceptionnelles et ces zones grises du droit sont invoquées par les Etats-Unis pour déformer le cadre légal existant. Il semble donc que même s'ils n'ont pas dérogé officiellement à l'article 14 du Pacte ou à l'article 8 de la Convention Américaine, l'on arrive à une dérogation *de facto*.

Certains auteurs se sont attachés à démontrer que cette dérogation *de facto* ne satisferait

¹²¹ La Cour a considéré que ces règles de procédures violaient le Uniform Code of Military Justice. *Hamdam vs Rumsfeld* (2006), 126, S.Ct. p 2785.

même pas le standard minimum requis lors d'une dérogation officielle : certains aspects de la notion de procès équitable ne peuvent ainsi jamais disparaître, même dans le cas d'une dérogation officielle à l'article 14 du PIDCP ou de l'article 8 de la Convention Américaine. Le Professeur Stephen Linvingston parlait par exemple de « droits indérogeables implicites ».

Pour justifier cette position, ces auteurs soulignent notamment que certains aspects du droit à un procès équitable, droit dérogeable comme nous l'avons rappelé précédemment, doivent être appliqués en toutes circonstances car ils sont indispensables à la sauvegarde et à la protection des droits listés par ces instruments comme indérogeables. Sans le maintien en toutes circonstances de certaines caractéristiques du droit à un procès équitable, il n'est plus possible d'offrir une réponse appropriée en cas de violation d'un droit indérogeable¹²². Cette position a été confirmée par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme¹²³. Le Comité des droits de l'homme a opté pour une approche similaire et a justifié sa position au regard du principe de proportionnalité¹²⁴. Plusieurs droits contribuant au respect du droit à un procès équitable ont donc été identifiés comme étant *de facto* indérogeables. A titre d'exemple, nous pouvons citer la nécessité d'une cour impartiale et indépendante¹²⁵ ou la présomption d'innocence.

Pour conforter cette théorie de droits indérogeables implicites, la doctrine s'est aussi appuyée sur le principe de cohérence¹²⁶ (*principle of consistency*). Ce principe est sensé prévenir qu'un

¹²² en ce sens voir la position de Joan Fitzpatrick : « Applying that logic to the ICCPR, the procedural rights guaranteed in articles 9(4) and some aspects of article 14 are 'functionally' non-derogable. They are necessary to ensure non-abuse by the state of the absolutely non-derogable safeguards ». Joan Fitzpatrick, "Protection Against Abuse of the Concept of 'Emergency'" In Human Rights : An Agenda for the Next Century, eds. Louis Henkin, John Lawrence Hargrove and American Society of International Law (Washington, D.C.: American Society of International Law, 1994), 203., p. 203

¹²³ Judicial Guarantees in States of Emergency Arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87, October 6, 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) no. 9 (1987)

¹²⁴ « The principle of proportionality ensures that no provision of the Covenant, however validly derogated from will be entirely inapplicable to the behavior of a state party.127 In other words, a complete denial of article 14 could never be a valid derogation because it could never be proportional and strictly required to deny all due process rights » General Comment 29, States of Emergency (Article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), Reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 186 (2003) para 4.

¹²⁵ Human Rights Committee, General Comment 13, Article 14 (21th Session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 14 (1994), para 4. Annual Report of the Inter-American Commission, [1973], p. 34. et Interamerican Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights (2002), § 20

¹²⁶ Buergenthal, To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations, p. 82. Cites Karl J. Partsch, "Experience regarding the War and Emergency Clause (Article 15) of the European Convention on Human Rights" In Israel Yearbook on Human Rights, ed. Universitat Tel-Aviv ([Tel Aviv]: Published under the auspices of the Faculty of Law, Tel Aviv University, 1971), 330

Etat adopte des mesures qui violeraient ses obligations en vertu d'un traité auquel il est partie ou en vertu du droit international coutumier¹²⁷.

En comparant les dispositions du PIDCP et de la Convention Américaine qui sont relatives au droit à un procès équitable aux dispositions similaires contenues dans le droit international humanitaire, une partie de la doctrine considère qu'il s'agirait de droit coutumier. Les auteurs partisans de cette thèse s'appuient tout d'abord sur l'article 3 commun aux Conventions de Genève applicable aux personnes en détention. Cet article dispose :

« sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu (...) d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés » (nous soulignons).

Cependant, l'article 3 commun est rédigé en termes généraux et ne précise ni ce qu'est un tribunal régulier, ni ce que sont des garanties judiciaires adéquates. Les partisans de cette thèse se sont aussi appuyés sur l'article 75 du Protocole Additionnel I de 1977. Cet article, intitulé « garanties procédurales », énonce avec précision ces garanties dans le paragraphe quatre. Bien que les Etats-Unis ne soient pas parties au Protocole Additionnel I, ils ont reconnu l'applicabilité de cet article¹²⁸.

¹²⁷ Le droit international coutumier est constitué de règles qui découlent d'une « pratique générale acceptée comme étant le droit », et qui existent indépendamment du droit conventionnel. Les caractéristiques de la coutume ont été posées en 1969 (CIJ, 20 février 1969, *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord*) : uniforme (identité de l'acte, ressemblance des comportements), constante et générale (c'est à participation très large des Etats particulièrement intéressés au domaine et représentatifs) et *opinio juris*.

¹²⁸ Michael J. Matheson, "The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions: Remarks of Michael J. Matheson, Deputy Legal Adviser, United States Department of State in the Sixth Annual American Red Cross- Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions," *The American University Journal of International Law and Policy* 2, no. 2 (1987), p. 420 and 427. : "...the United States will consider itself legally bound by the rules contained in Protocol I only to the extent that they reflect customary international law. (...) "we support in particular the fundamental guarantees contained in article 75, such as the principle that all persons who are in the power of a party to a conflict and who do not benefit from more favorable treatment under the Conventions be treated humanely in all circumstances and enjoy, at a minimum, the protections specified in the Conventions without any adverse distinction (...). We support the principle that these persons not be subjected to violence to life, health, or physical or mental well-being, outrages upon personal dignity, the taking of hostages, or collective punishments, and that no sentence be passed and no penalty executed except pursuant to conviction pronounced by an impartial and regularly constituted court respecting the generally recognized principles of regular judicial

Lors de la mise en œuvre d'une dérogation en raison d'un danger exceptionnel menaçant la vie de la nation (danger à son paroxysme lorsqu'un Etat est en conflit armé au sens du droit international humanitaire), certains droits restent donc implicitement indérogeables. De fait, les Etats-Unis, qui sont normalement tenus de respecter telles quelles les dispositions du PIDCP et de la Convention Américaine, ne peuvent faire valoir la menace terroriste qui pèse sur eux pour ne pas respecter ce standard minimum découlant de l'indérogeabilité implicite de certains droits.

Notons aussi que dans sa décision *Hamdam v. Rumsfeld* du 29 Juin 2006, la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé que la procédure des tribunaux militaires créé en vertu du *Military order of November 13, 2001* violait à la fois les procédures requises dans le cadre des procès des cours martiales américaines (lesquelles sont sujettes au *Uniform Code of Military Justice*) et les Conventions de Genève, en particulier le standard posé par l'article 3 commun qui requiert que les procès soient conduits par « une cour régulièrement constituée et offrant toutes les garanties judiciaires et reconnues comme indispensables par les nations civilisées ». Si l'article 3 commun est violé, on peut considérer qu'il en va de même pour les articles 14 du PIDCP et 8 de la Convention Américaine.

En réponse à la décision de la Cour Suprême, le Congrès a passé le *Military Commission Act*¹²⁹. Selon Jennifer Trahan¹³⁰ ce choix est politiquement et légalement peu avisé. Elle avance plusieurs arguments. Tout d'abord, le *Military Commission Act* n'améliore pas la conformité des procédures utilisées dans les commissions militaires à l'*Uniform Code of Military Justice*. Ils les changent pour servir une nouvelle fois les intérêts des Etats-Unis lors des procès envers les détenus de Guantanamo. On peut donc se demander si les critères de l'article 3 commun seront satisfaits ou non. Ensuite, elle considère que certaines dispositions du *Military Commission Act* permettent à nouveau de modeler la manière dont les Etats-Unis mettent en œuvre les Conventions de Genève. Elle relève deux points en particulier : l'altération de la notion de combattant ennemi régulier en proposant une définition confuse¹³¹ procedure."

¹²⁹ *Military Commission Act* of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600

¹³⁰ Jennifer Trahan, *Military Commission Trials at Guantanamo Bay, Cuba : Do They Satisfy International and Constitutional Law ?*, Fordham International Law Journal, Vol.30 :780, 2007p806 à 816

¹³¹ Le *Military Commission Act*, §948 (1)(i) définit la notion de « combattant illégal » comme « a person who

et la tentative de soustraire le personnel américain aux accusations de crime de guerre liées à des dommages collatéraux. En effet, la Section 6(b)(3) du *Military Commission Act* dispose que lorsque les crimes visés à l'article 3 commun que sont « les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations » sont le fait de dommages collatéraux, l'intention de commettre de tels crimes ferait défaut.

D. La difficulté particulière soulevée par l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants : une interdiction *a priori* indérogeable ?

Dans le *Dictionnaire philosophique*, Voltaire écrivait « Quoiqu'il y ait peu d'articles de jurisprudence dans ces honnêtes réflexions alphabétiques, il faut pourtant dire un mot de la torture, autrement nommée question. C'est une étrange manière de questionner les hommes ». Aujourd'hui, l'interdiction de la torture a pour but de protéger la dignité et l'intégrité des individus. Cette règle peut être perçue comme essentielle car elle exprime l'une des valeurs fondamentales de toute société démocratique. Cependant, la torture et d'autres abus similaires semblent pratiqués par des Etats pourtant considérés comme démocratiques. Plusieurs auteurs se sont penchés sur ces pratiques : quelle forme revêt cette torture que l'on pourrait qualifier de moderne ? Comment fonctionne-t-elle ? Les instruments internationaux et les lois nationales offrent-ils une marge de manoeuvre envers une telle pratique ? C'est ainsi que des auteurs ont mis en avant les caractéristiques de la pratique moderne de la torture. Tout d'abord, les Etats cherchent à la définir rationnellement afin de dégager un concept acceptable au regard des droits individuels. Ensuite, pour en contourner la prohibition, les Etats soutiennent que leur conduite n'est pas qualifiable de torture¹³², quand bien même cela reviendrait à reconnaître qu'il puisse s'agir de traitements cruels ou dégradants. De fait, les gouvernements donneront de la torture une définition qui exclura de son champ certaines formes de coercition, réduisant ainsi leur conduite à une adhérence formelle à la prohibition absolue de la torture lorsque les conduites en cause sont à la limite de la légalité. C'est cette approche restrictive qu'ont adoptée les Etats-Unis. Elle est exprimée, par exemple, dans le

has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerent who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaida, or associated forces) »

¹³² C'est ainsi, par exemple, que les Etats Unis ont rédigé l'US Army Field Manuel on Intelligence Interrogation

Mémoire du 1^{er} août 2002 du Département de la Justice.

Mark Drumbl explique ainsi comment dans la guerre contre le terrorisme, les abus et l'utilisation de la torture sont devenus « anitized under the guise of interrogation and intelligence gathering. Rendering an individual for interrogation or holding someone for intelligence-gathering has bleached the more sinister reality of indefinite detention and infliction of aggressive use of violence (psychological and physical)»¹³³.

Dans le cadre de notre étude, cette question trouve une place toute particulière puisque les allégations de l'utilisation de la torture à *Guantanamo Bay* ont suscité de nombreux débats. Les témoignages d'anciens détenus ou d'ONG tels qu'*Amnesty International* ou *Human Rights Watch* laissent à penser que de telles pratiques ont lieu au vu des techniques utilisées contre les détenus lors des interrogatoires menés. En effet, la politique américaine au regard de la détention de non nationaux à Guantanamo est un sujet très sensible. Les militaires américains ont notamment été accusés d'utiliser de moyens et méthodes de coercition psychologiques et physiques assimilables à la torture. Les détenus auraient été soumis à divers mauvais traitements¹³⁴ : coups, actes humiliants, audition de bruits intenses et persistants, exposition à des températures extrêmes...

Aussi, il est intéressant de confronter à la fois la position de l'Administration Bush et des différentes opinions doctrinales aux normes prescrites par le droit international des droits de l'homme. L'interdiction de la torture est consacrée dans de nombreux instruments auxquels les Etats-Unis sont parties. La définition qui vient immédiatement à l'esprit est sûrement celle donnée par l'article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984¹³⁵. La convention définit la torture comme :

« tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment

¹³³ Mark A. Drumbl, "Lesser Evils", in the War of terrorism, 36 CaseW. Res, J.INT'L. L., (2004)

¹³⁴ Voir Neil A. Lewis, *Red Cross Finds Detainees Abuse in Guantanamo*, New York Times, nov 30, 2004, at A1 et décrivant le rapport du Comité International de la Croix Rouge à la suite d'une visite d'une durée d'un mois à Guantanamo en juin 2004

¹³⁵ La Convention contre la torture est entrée en vigueur pour les Etats Unis le 20 novembre 1994, après sa ratification le 21 octobre 1994

d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux , de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ».

La torture, ainsi définie, est une prohibition absolue puisque l'article 2 (2) de la Convention précise : « Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture » (nous soulignons). Par ailleurs, la convention prohibe également une autre catégorie de violence étatique, « les actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »¹³⁶. La Convention contre la torture n'est pas le seul instrument à consacrer une telle interdiction. Avant même l'existence de la Convention, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacrait déjà une telle interdiction dans son article 7¹³⁷, sans qu'aucune dérogation soit admissible¹³⁸. De manière plus explicite, il est impossible de justifier l'emploi de la torture par l'existence d'un danger public exceptionnel menaçant la vie de la Nation. Il est intéressant de noter qu'une disposition similaire se trouve au sein des Conventions de Genève de 1949 dans l'article 3 commun, ce qui neutralise ainsi toute allégation de conflit de normes entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire¹³⁹. Il en va de même dans l'article 5 de la Convention Américaine relative aux droits de l'homme¹⁴⁰.

¹³⁶ Article 16 de la Convention contre la torture.

¹³⁷ « Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants »

¹³⁸ Article 4(2) : « La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7 (...) »

¹³⁹ Article 3 commun I) a) : « (...) demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu (...) les traitements cruels, torture (...) »

¹⁴⁰ Article 5(2) : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine »

L'interdiction de la torture constituerait même une norme de *jus cogens*¹⁴¹. La nature impérative de cette interdiction a notamment été soulignée dans l'affaire *Funrundzija* du Tribunal Pénal pour l'Ex-Yougoslavie¹⁴².

Pour comprendre la manière dont l'utilisation de la torture ou autres traitements similaires a trouvé sa place au sein de Guantanamo, il convient de s'intéresser à la position de l'administration Bush à cet égard. Les Etats-Unis ont en effet une interprétation restrictive de la notion de torture. Tout d'abord, il est important de rappeler que les Etats-Unis ont émis une réserve à l'article 16 de la Convention contre la Torture. Ils ont indiqué qu'ils ne sont liés par les termes de cet article que dans la mesure où ils sont compatibles avec la prohibition des peines et traitements cruels, inhabituels et inhumains telle qu'elle est consacrée aux amendements 5, 8 et 14 de la Constitution des Etats-Unis¹⁴³. Cette réserve confère ainsi à la Convention contre la Torture sinon un champ d'application plus restreint, du moins une marge de manoeuvre non négligeable aux Etats-Unis.

De plus, contrairement à la disposition de la Convention contre la torture qui n'exige qu'un « dol général », les Etats-Unis ont fait une réserve pour ajouter à la définition de la torture contenue dans l'article 1 l'exigence d'une intention spécifique, c'est-à-dire d'un dol spécial¹⁴⁴. Si la nécessité d'un dol spécial offre plus de précision et laisse moins de place à l'ambiguïté des termes, elle n'en représente pas moins un standard plus exigeant qui conduit à réduire la notion de torture. En effet, avec l'exigence d'un dol spécial, il ne s'agit pas pour l'auteur de vouloir commettre un acte qu'il sait interdit par la loi mais d'agir dans l'intention spécifique d'atteindre un but précis ou la commission d'un crime bien particulier.

A cela, les Etats-Unis ont aussi, au moment de la ratification de la Convention, soumis une déclaration interprétative par laquelle ils ont recensé l'origine des souffrances psychologiques

¹⁴¹ Le *jus cogens* est défini par la Convention de Vienne de 1969 dans son article 53 comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

¹⁴² Le Procureur c/ Anto Furundzija - Affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998, Chambre de Première Instance II, Paragraphes 147 à 157

¹⁴³ Convention contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Réservations, Compréhensions et déclarations faite par les Etats Unis d'Amérique, I(1), disponible sur <http://ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm>

¹⁴⁴ Convention Contre la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Réservations, Compréhensions et déclarations faites par les Etats Unis d'Amérique, II(1)(a)

ou mentales¹⁴⁵. Or limiter l'origine de ces souffrances à une liste fermée, réduit la définition de la torture donnée par la Convention contre la torture car cela exclut notamment la possibilité d'actes d'une autre origine que celles listées et qui pourtant pourraient être qualifiés de souffrances psychologiques ou mentales. Surtout, la liste en question précise que « Mental pains or sufferings refers to prolonged mental harm » (nous soulignons). Cet ajout de l'adjectif « prolongé » exclut par conséquent les souffrances causées qui ne seraient que brèves voire instantanées.

Enfin, les Etats-Unis ont présenté une approche différente du critère d'appréciation de l'origine étatique de la torture. La Convention contre la torture précise dans son article 1 que les actes doivent émaner d'un « agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ». Pour les Etats-Unis, « The definition of torture in Article 1 is intended to apply only to acts directed against persons in the offender's custody or physical control » (nous soulignons). De fait, si le gouvernement est défini comme l'*offender*, le critère additionnel selon lequel l'*offender* doit avoir la garde ou le contrôle physique de la victime semble nécessiter un lien plus étroit entre l'agent de la fonction publique et la victime¹⁴⁶. Une nouvelle fois, cela restreint la définition de la torture donnée par la Convention contre la torture en renforçant et en alourdissant la charge de la preuve¹⁴⁷.

Certains auteurs ont soutenu que le texte originel des instruments internationaux (c'est-à-dire en dehors de toute modification résultant des réservations ou déclarations que les Etats sont en mesure de faire), et en particulier la Convention contre la torture, au lieu de prévenir de telles pratiques tendent à les rendre possibles¹⁴⁸. John T. Parrey explique qu'une lecture textuelle de la Convention semble suggérer que la clause contenue à l'article 2 (2) s'appliquerait uniquement à la torture et non aux peines et traitements inhumains ou dégradants. De fait, une telle exclusion pourrait rendre possible, dans certaines circonstances, un traitement des prisonniers atteignant un certain seuil de violence pour autant qu'il reste en deçà du seuil requis pour être qualifié de torture. Une telle exclusion, résultant d'une lecture textuelle de la

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Tel est l'avis de Gail H. Miller, *Defining Torture*, FLOERSHEIMER CENTER OCCASIONAL PAPERS 6, (2005), disponible sur <http://cardozo.yu.edu/cms/uploadedFiles/FLOERSHEIMER/Defining%20Torture.pdf>.

¹⁴⁷ Telle est la position de Miri Lim, *Redefining Torture in the Age of Terrorism : an Argument against the Dilution of Human Rights*, 13 Wash. & Lee J.C.R. & Soc.Just. 1 (2006)

¹⁴⁸ Telle est notamment la position mise en exergue par John T. Parrey dans son article *The Shape of Modern Torture : Extraordinary Rendition and Ghost Detainees*, p. 526

Convention, laisserait ainsi une place à des traitements proches de la torture. Cet auteur explique : « The Convention against torture (...) seems deliberately crafted to leave room for states to engage in coercive treatment in compelling circumstances, so long as the conduct falls short of torture as defined in that document ». De même, en ne définissant pas la notion de traitements inhumains et dégradants, comme elle le fait pour la torture, la Convention contre la torture laisserait une certaine latitude aux Etats.

Cependant, cette interprétation semble difficilement compatible avec l'article 16 de la Convention contre la torture (comme John T. Parry, lui même, le suggère) ou avec l'article 31 du Traité de Vienne¹⁴⁹ si l'on considère que le but de la Convention de 1984 est de protéger les individus à la fois contre la torture et les traitements inhumains et dégradants, la différence entre les deux n'étant pas de nature mais de degré¹⁵⁰. Jennifer Moore¹⁵¹, dans son article, adopte un autre point de vue. Selon elle, la Convention contre la torture doit être lue à la lumière du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Celui-ci prohibe la torture et les traitements inhumains, cruels ou dégradants qui ne sont pas une forme aggravée de la torture. Pour elle, la torture est une violence orientée (elle doit avoir un but comme par exemple l'obtention de renseignements de la part de la victime de torture) alors que les traitements cruels, inhumains et dégradants n'ont pas à satisfaire ce critère du but recherché.

Enfin, violer la loi au nom d'intérêts supérieurs comme la sécurité nationale a plusieurs conséquences au delà de la dégradation de l'image du pays sur la scène internationale. Comme le souligne Mark Drumbl « Once governments go down the road of slicing away rule of law by bending the rules on torture, they may hungrily continue to slice, and ordinary individuals may internalize this hunger from above. In the end, one might soon end up in a stygian place, and perhaps have gotten there quite quickly »¹⁵².

La situation a évolué aux Etats-Unis (du moins sur le plan purement légal), notamment après les décisions de la Cour Suprême dans les affaires *Hamdi* et *Rasul*. Elles ont conduit au vote

¹⁴⁹ Article 31(1). « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

¹⁵⁰ Telle est la position de Miri Lim, *Redefining torture in the age of terrorism : an argument against the dilution of human rights*, 13 Wash. & Lee J.C.R. & Soc.Just. 1 (2006)

¹⁵¹ J. Moore, *Practicing What We Preach : Human Treatment for Detainees in the War on Terror*, Denv. J. Int'l L. & Pol'y, Vol. 34:1 (2006)

¹⁵² Mark A. Drumbl, "Lesser Evils", in *the War of Terrorism*, 36 CaseW. Res. J.INT'L. L. (2004), p. 346-347

de l'amendement *Mc Cain* du 20 décembre 2005. qui a marqué une évolution sensible. Il dispose que :

« No person in the custody or under the effective control of the Department of Defense or under detention in a Department of Defence facility shall be subject to any treatment or technique of interrogation not authorized by and listed in the United States Army Field Manual on Intelligence Interrogation »¹⁵³.

Néanmoins, cet amendement ne fait aucune référence à la torture. Par ailleurs, limiter les méthodes d'interrogatoires à celles prévues par le Manuel a pu être critiqué car le document est souvent révisé¹⁵⁴.

Conclusion

L'essence même du droit international des droits de l'homme est de mettre un frein à la souveraineté étatique en introduisant des règles au sein de ce qui relevait traditionnellement du domaine réservé des Etats. Ainsi, un Etat n'est pas totalement libre d'agir comme il l'entend à l'intérieur de ses frontières. Guantanamo n'est certes pas située sur le territoire américain, mais relève du contrôle effectif des Etats-Unis, empêchant ainsi l'argument de l'extra-territorialité avancé par les Etats-Unis de jouer. L'importance des droits de l'homme est d'autant plus cruciale lorsque l'on est face à une situation de privation de liberté, situation dans laquelle sont précisément les détenus de Guantanamo. Mais là encore, les Etats-Unis ont refusé d'appliquer ce corpus juridique. Le fait que ces détenus soient considérés comme des terroristes par l'Administration Bush a eu impact déterminant sur la position des Etats-Unis.

Les Etats-Unis considèrent que le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme sont inopérants car inadaptés pour mener à bien la lutte contre le terrorisme. Cela soulève inévitablement des interrogations. En particulier, la situation des détenus de Guantanamo ne serait-elle pas révélatrice des limites du cadre juridique existant ? C'est la question que nous aborderons dans notre dernière partie.

¹⁵³ Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. No. 109-148, §§1001-1006 (2005)

¹⁵⁴ Miri Lim, *Redefining Torture in the Age of Terrorism : an Argument against the Dilution of Human Rights*, 13 Wash. & Lee J.C.R. & Soc.Just. 1 (2006), page 109.

III. LA SITUATION DES DETENUS DE GUANTANAMO, REVELATRICE DES LIMITES DU CADRE JURIDIQUE EXISTANT ?

A. « Guerre contre le terrorisme » et droit international : quels enjeux et quelles limites ?

Les attentats du 11 septembre 2001 puis la guerre menée en Afghanistan par les Etats-Unis sont révélateurs de la montée en puissance et de l'influence d'acteurs non-étatiques sur la scène internationale. L'ordre légal international part du postulat que les Etats en sont les principaux acteurs mais ceci repose sur une fiction juridique : l'égalité souveraine des Etats. Ceci est de plus en plus remis en cause ces dernières années. Grâce aux moyens de communication modernes, les acteurs non étatiques, comme Al-Qaida, peuvent mobiliser un large soutien pour mener des opérations dépassant les frontières d'un seul pays. Ces acteurs émergents sont désormais en situation de disputer aux Etats leur monopole traditionnel dans l'exercice de la violence¹⁵⁵.

Avec la guerre contre le terrorisme qui a fortement impliqué des acteurs non étatiques, les Etats-Unis ont réinterprété les règles du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme au motif qu'ils ne permettent pas de faire face de manière satisfaisante à la menace terroriste¹⁵⁶. La philosophie qui a sous-tendu cette approche est qu'à une situation extraordinaire, il fallait apporter une réponse extraordinaire, le droit international n'offrant qu'un cadre juridique partiellement adapté à la guerre globale contre le terrorisme. Il convient de nuancer la position américaine en analysant les défis que représentent le terrorisme pour le droit international des droits de l'homme et pour le droit international humanitaire, afin de déterminer les éventuelles limites de ces deux corpus juridiques.

1. « Guerre contre le terrorisme » et droits de l'homme

Le propre du droit international des droits de l'homme, son essence même, est de limiter la souveraineté étatique. Avec le droit international des droits de l'homme, un Etat n'est plus libre d'agir comme il l'entend à l'intérieur de ses frontières. Le droit international des droits de l'homme a traditionnellement perçu l'Etat comme la première menace sur l'exercice des

¹⁵⁵ Cette situation est mise en exergue par Rosa Brooks, *Protecting Rights in the Age of Terrorism : Challenges and Opportunities*, Georgetown Journal of International Law, Vol.36 (2005)

¹⁵⁶ Voir Anne-Marie Lizin, « Guantanamo : What Safeguards for the Fights against Terrorism ? », Helsinki Monitor : Security and Human Rights 2007 n°2

droits individuels, mais aussi comme son garant premier. Les traités relatifs aux droits de l'homme lient les Etats entre eux et non pas les acteurs non étatiques. Les actes de terrorisme portent néanmoins atteinte à ces droits inhérents à tout être humain. Ce qui pose problème dans l'attitude des Etats-Unis n'est pas le fait qu'ils cherchent à prévenir et à punir les actes de terrorisme. Le vrai défi réside dans le fait de trouver une réponse à une violation massive des droits de l'homme sans pour autant que cette réponse engendre elle-même une violation analogue. La véritable question, lorsqu'elle est posée en termes juridiques, est la suivante : comment répondre effectivement aux violations des droits de l'homme commises par des acteurs non étatiques sans mettre à mal la capacité du droit international et de ses institutions à protéger les individus des violations des droits de l'homme commises par les Etats ? La situation des détenus de Guantanamo, comme nous l'avons analysé dans cette étude, illustre parfaitement cette problématique.

2. « Guerre contre le terrorisme » et droit international humanitaire

La « guerre contre le terrorisme » menée par les Etats-Unis, n'est pas seulement une guerre au sens métaphorique du terme. Elle l'a aussi été au sens littéral. Comme nous l'avons démontré dans la première partie de cette étude, cette « guerre contre le terrorisme », lors de l'invasion de l'Afghanistan par les Etats-Unis, a constitué un conflit armé tel que le définit le droit international humanitaire. Il s'agissait donc aussi d'une guerre au sens juridique du terme. Et de nouveau, l'argument des Etats-Unis a été que les règles du droit international humanitaire n'étaient pas adaptées à ce conflit.

Leur point de vue n'est pas totalement infondé et le droit international humanitaire peut apparaître partiellement adapté¹⁵⁷. Tout d'abord, il est vrai que les membres d'Al-Qaida sont un ennemi particulier. Il ne s'agit ni d'un Etat, ni d'un groupe d'insurgés au sens traditionnel du terme car ils ne cherchent pas à contrôler un territoire ou une population déterminée. Ils ne cherchent pas non plus à entrer dans des relations diplomatiques formelles. Ce n'est pas ce type d'acteurs non étatiques qu'avaient en tête les rédacteurs des Conventions de Genève.

Ensuite, le droit international humanitaire semble partir du postulat que le conflit auquel il est applicable se déroule à l'intérieur de frontières géographiques claires. Si l'ennemi des Etats-

¹⁵⁷ En ce sens, Rosa Brooks, *Protecting Rights in the Age of Terrorism : Challenges and Opportunities*, Georgetown Journal of International Law, Vol. 36 (2005)

Unis est avant tout les membres d'Al-Qaida, faudrait-il considérer que chaque pays où des membres de cette organisation résident sont autant de zones de conflit potentielles ?

Il en va de même pour la question des frontières temporelles. Les dispositions du droit international humanitaire sont rédigées de telle manière qu'elles semblent ne faire référence qu'à des conflits où le début et la fin des hostilités sont aisément identifiables. En effet, le droit international humanitaire permet certains actes, inadmissibles en temps de paix, mais qui deviennent licites justement parce qu'ils se déroulent dans un cadre particulier, la conduite des hostilités. Par exemple, le fait qu'un combattant régulier tue un autre combattant régulier ne sera pas qualifié de meurtre et sera conforme au droit international humanitaire. L'auteur de cet acte ne pourra pas faire l'objet de poursuites pénales, ce qui aurait été le cas en temps de paix. Le champ d'application *ratione temporis* des dispositions des Conventions de Genève est donc précis. Par exemple, il est dit à l'article 118 de la Convention de Genève III, que les prisonniers de guerre seront rapatriés à la fin des hostilités. Dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme », quand les hostilités prennent-elles vraiment fin ?

On peut donc admettre plusieurs points pertinents. S'il est vrai que des personnes comme les membres d'Al-Qaida rendent l'exercice de qualification plus difficile, il n'est cependant pas impossible. Le conflit en Afghanistan et la situation des détenus de Guantanamo est révélateur d'une chose : les Conventions de Genève ont été conçues en référence à un autre genre de conflit et elles sont indubitablement mises à l'épreuve dans le cadre d'un conflit impliquant un Etat et des acteurs non étatiques. Rédigées à une époque différente, les Conventions de Genève et leurs Protocoles Additionnels ne peuvent refléter parfaitement le nouvel enjeu posé par la recherche du maintien d'un équilibre entre le respect des droits individuels et les exigences de sécurité de l'Etat. Une fois encore, il est important de distinguer entre les enjeux politiques et juridiques. Il n'existe pas, pour l'instant, d'autre cadre légal et l'amalgame entre une rhétorique politique et une rhétorique juridique est source d'une confusion dommageable. Comme on l'a vu, le droit est parfois ambigu et cet amalgame conduit à appliquer un raisonnement politique à des règles juridiques pour conclure qu'aucune règle n'est applicable. Un tel raisonnement est fallacieux.

Comme nous l'avons dit, les Etats-Unis ont considéré qu'à une situation extraordinaire, une réponse extraordinaire était appropriée. Cela sous-entend que lorsque la lutte contre le

terrorisme mène à une guerre au sens juridique, le droit international humanitaire n'est pas en mesure d'encadrer les actes terroristes perpétrés. Une telle position conduit à affaiblir les règles du droit international humanitaire. Au contraire il est possible de soutenir que le droit international interdit des actes qui relèvent d'actes terroristes¹⁵⁸ car le terrorisme n'est pas une fin en soi. Il n'est que le moyen utilisé à une fin quelle qu'elle soit (idéologique ou autre). Déjà bien avant les attaques du 11 Septembre 2001, Louis Henkin soulignait « terrorism (...) is not a useful legal concept »¹⁵⁹.

Les notions de « conflit armé » et de « terrorisme » servent toutes deux à qualifier des phénomènes de violence collective. La notion de conflit armé, établie depuis longtemps, est moins controversée. La notion de terrorisme, elle, est très complexe et sa définition suscite de nombreux débats.

Nous l'avons vu dans la première partie de cette étude, la guerre contre le terrorisme menée en Afghanistan peut être juridiquement considérée comme un conflit armé. L'enjeu, à présent, est de déterminer si les actes terroristes peuvent s'inscrire dans les limites posées par le droit international humanitaire quant à la conduite des hostilités, bien que les dispositions des Conventions de Genève ou de leurs Protocoles Additionnels ne donnent pas de définition du terrorisme. Cependant, le droit international humanitaire prohibe un certain nombre d'actes auxquels le terme « terrorisme », tel qu'il est notamment utilisé par les Etats-Unis, peut raisonnablement être appliqué.

On remarque tout d'abord que le terme « terrorisme » est textuellement incorporé dans plusieurs dispositions du corpus juridique formant le droit international humanitaire. Par exemple, l'article 33 de la Convention de Genève III dispose que « Les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites ». De même à l'article 4 (2) (d) du Protocole Additionnel II : « demeurent prohibés en tout temps (...) les actes de terrorisme ». Il faut néanmoins préciser que ces dispositions visent plus les autorités étatiques que les groupes armés non étatiques¹⁶⁰. En effet, l'article 33 de la Convention de Genève III

¹⁵⁸ Voir en ce sens SASSOLI Marco, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », Revue québécoise de droit international, Hors-série (2007)

¹⁵⁹ Louis Henkin, « *General Course on Public International Law* », 1989, 216 :4 Rec. Des cours 9 à la p 159

¹⁶⁰ En ce sens Emanuela-Chiara Gillard, « The Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law » dans Michael N. Schmitt et Gian Luca Beruto, dir., *Terrorism and International Law, Challenges and Responses*, San Remo, International Institute of Humanitarian Law et George Marshall European Center for Security Studies, 2002, 50 aux pp. 52-53

concerne le cas des peines collectives et le Protocole Additionnel II s'attache à élargir cette prohibition aux conflits armés non internationaux¹⁶¹. Or il faut reconnaître que ce n'est pas cette forme de terrorisme qui est au cœur des controverses actuelles : les actes terroristes (tels que les Etats-Unis l'entendent) sont ceux commis contre la population civile, alors que ces populations ne sont pas gouvernées par ceux qui commettent ces actes. Pour cette raison, un article comme l'article 51 (2) du Protocole Additionnel I est nettement plus pertinent. Il dispose : « [n]i la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile » et contrairement aux articles 33 de la Convention de Genève III et 4 (A) (d) du Protocole Additionnel II, il ne vise pas uniquement les personnes au pouvoir d'une partie au conflit. La Chambre de première instance du Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie¹⁶² a aussi précisé les éléments constitutifs du crime de terrorisation de la population civile et leur valeur coutumière:

- « 1. Actes de violence dirigés contre la population civile ou des personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités, qui entraînent parmi elles la mort ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé.
2. L'auteur a intentionnellement soumis à ces actes de violence la population civile ou des personnes civiles ne participant pas aux hostilités.
3. L'infraction susmentionnée a été commise dans le but principal de répandre la terreur parmi la population civile. »

La Chambre a aussi rappelé que ces actes de terrorisation excluent toute attaque légitime contre des combattants ou des objectifs militaires¹⁶³.

Il faut aussi souligner un aspect important du droit international humanitaire. Nombreuses sont les dispositions qui prohibent les attaques indiscriminées, c'est-à-dire n'ayant pas un objectif militaire spécifique, qui utilisent des armes incapables d'être dirigées contre de tels

¹⁶¹ En ce sens Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, dir., *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff, 1986 au para. 4538

¹⁶² *Le Procureur c. Stanislav Galic*, IT-98-29-T, Jugement (05 décembre 2003) au para. 133 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I); confirmé dans *Galic*, Chambre d'appel

¹⁶³ *Galic*, Chambre de première instance, *ibid.* au para. 135

objectifs militaires ou celles causant des pertes civiles excessives par rapport à l'avantage militaire attendu¹⁶⁴. Cette absence de discrimination est l'une des caractéristiques des attaques qualifiées de « terroristes ». Enfin, chaque fois que les attaques qualifiées de « terroristes » visent des combattants réguliers, rappelons que le droit international humanitaire interdit le recours à la perfidie pour tuer, blesser ou capturer un adversaire. Cette dernière interdiction s'applique autant aux conflits armés internationaux qu'aux conflits armés non internationaux. Feindre d'avoir le statut de civil ou de non-combattant constitue une perfidie. C'est ainsi que peuvent agir ceux qualifiés de terroristes lorsqu'ils attaquent des combattants.

Le dernier point qu'il convient d'examiner est le débat sur le statut de prisonnier de guerre. Ce statut, les Etats-Unis ont refusé de l'accorder aux membres d'Al-Qaida et aux talibans, alors même qu'ils estimaient que la Convention de Genève III était applicable aux talibans. Leur justification est la suivante : les membres d'Al-Qaida et les talibans étant des combattants illégaux, il est impossible de leur appliquer le statut de prisonnier de guerre. Cette argumentation repose sur le fait que le statut de prisonnier de guerre offrirait une trop grande protection aux détenus de Guantanamo, mettant ainsi à mal les intérêts et la sécurité des Etats-Unis. C'est cette position que nous allons analyser dans notre dernière sous-partie. Tout d'abord dans le but de comprendre quelle signification juridique revêt la notion de combattant illégal. Ensuite afin de voir si les motivations qui sous-tendent le recours à cette notion, à savoir que le statut de prisonnier de guerre offre une protection bien trop grande à ceux qui en bénéficient, reflètent un point de vue réellement pertinent.

B. Le statut de prisonnier de guerre , un statut *a priori* avantageux

1. La notion de combattant illégal

Ce terme a été utilisé en 1942, dans l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis *Ex Parte Quirin*¹⁶⁵. Dans cette affaire, huit saboteurs nazis qui s'étaient trouvés sur le territoire des Etats-Unis pendant la Seconde Guerre mondiale s'étaient opposés à leur détention et au refus de leur accorder le statut de prisonnier de guerre. La Cour avait alors considéré :

¹⁶⁴ Protocole Additionnel I : articles 48 et 52 qui consacrent le principe de distinction, Article 51 (4) (5) qui prohibe les attaques « sans discrimination » ; Protocole Additionnel II Article 13. Ces dispositions ont valeur coutumières

¹⁶⁵ *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)

« by universal agreement and practise, the law of war draws a distinction between lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants (...) are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful ».

Cependant, bien que la décision *Ex Parte Quirin* de la Cour Suprême s'appuie sur la notion de « combattant illégal » comme base de responsabilité pénale, le sens de ce terme reste très flou. Il n'apparaît pas à l'époque dans le droit positif relatif au droit de la guerre, pas plus qu'il n'apparaît aujourd'hui dans les instruments internationaux régissant le droit international humanitaire. En effet, les règles régissant la conduite des hostilités dans les conflits armés internationaux imposent de distinguer entre les civils et les combattants¹⁶⁶.

Les combattants ont le droit de participer aux hostilités. La Commission Interaméricaine des droits de l'homme le souligne, d'une manière certes directe mais claire : « the combatant's privilege (...) is in essence a licence to kill or wound enemy combatants and destroy other enemy military objectives. »¹⁶⁷. Par conséquent, les combattants ne peuvent être poursuivis pour les actes commis dès lors qu'ils sont conformes au droit international humanitaire, quand bien même ces actes constitueraient un crime en temps de paix. Lorsqu'ils sont capturés, les combattants jouissent du statut de prisonnier de guerre qui découle des articles 4 de la Convention de Genève III, 43 et 44 du Protocole Additionnel I (lequel vient compléter l'article 4 de la Convention de Genève III). C'est à partir du moment de la capture par les forces armées ennemies que le fait d'être combattant devient un avantage. Ils cessent alors d'être un objectif militaire et ne peuvent plus faire l'objet d'attaques de la part de l'ennemi.

La notion de civils apparaît textuellement mais n'est pas explicitement définie par les Conventions de Genève et leurs Protocoles Additionnels. Les textes définissent les civils par opposition aux combattants, les civils étant toutes les personnes qui ne sont pas des

¹⁶⁶ Article 48 du Protocole Additionnel I

¹⁶⁷ Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 october 2002, para. 68.

combattants. C'est donc par un raisonnement *a contrario* que l'on déduit qui sont les civils. Il s'agit des personnes qui n'appartiennent pas aux catégories de personnes désignées dans les articles 4 (A) (1), (2), (3), et (6) de la Convention de Genève III et dans l'article 43 du Protocole Additionnel I. En vertu du Protocole Additionnel I, dont les dispositions sur la conduite des hostilités ont valeur coutumière, les civils sont protégés contre les opérations militaires. En particulier, ils ne peuvent pas faire l'objet d'attaques. Excepté le cas de la levée en masse, les civils qui participent aux hostilités perdent leur protection. Mais le droit international humanitaire n'interdit pas une telle participation. Seulement, les actes de ces civils pourront faire l'objet de poursuites pénales en vertu du droit national. Le droit international humanitaire non seulement ne prohibe pas la participation des civils aux hostilités, mais il préconise aussi l'amnistie, notamment dans les conflits armés non internationaux. L'article 6 (5) du Protocole Additionnel II dispose : « A la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues ». Le commentaire qui l'accompagne précise « [l']objet de cet alinéa est d'encourager un geste de réconciliation qui contribue à rétablir le cours normal de la vie dans un peuple qui a été divisé »¹⁶⁸. Parmi les civils, il y aurait donc une catégorie subsidiaire : les civils qui participent directement aux hostilités.

Si les termes « combattants », « civils » et « civils qui participent directement aux hostilités » sont utilisés et définis dans les instruments du droit international humanitaire, le terme de « combattant illégal » n'apparaît donc nulle part. Cependant, cette notion de combattant illégal pourrait avoir un sens d'un point de vue juridique si elle servait à désigner les civils qui participent directement aux hostilités ou les milices et corps de volontaires qui ne sont pas intégrés aux forces armées d'une Partie au conflit ou ne remplissent pas les quatre critères de l'article 4 (A) (2) de la Convention de Genève III. L'utilisation de la notion de combattant illégal afin de justifier le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre aux personnes sus mentionnées est, dans ce cas, cohérente avec le droit international humanitaire.

¹⁶⁸ *Commentaire* des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 téléchargeable sur le site de Comité international de la Croix Rouge (www.icrc.org/dih.nsf/, italique ajouté). La citation tirée est relative au para. 4618 du Commentaire

Mais ce n'est tout à fait l'utilisation qu'en fait l'Administration Bush. En effet, elle a expliqué que les talibans, auxquels elle a reconnu l'applicabilité de la Convention de Genève III, ne pourront pas jouir du statut de prisonnier de guerre car ils sont des combattants illégaux. Dans ce cas, recourir à la notion de combattant illégal n'est pas cohérente. Concernant les membres d'AL-Qaida qu'ils qualifient aussi de combattants illégaux, les Etats-Unis n'ont jamais considéré que les membres d'Al-Qaida puissent tomber sous le coup de la Convention de Genève III. C'est pour cela qu'ils leur refusent le statut de prisonnier de guerre. Cette conclusion pourrait revêtir une certaine logique au regard du droit international humanitaire si par combattant illégal, les Etats-Unis entendaient cette notion comme recouvrant les personnes qui participent directement aux hostilités ou les milices et corps de volontaires qui ne sont pas intégrés aux forces armées d'une Partie au conflit ou ne remplissent pas les quatre critères de l'article 4 (A) (2) de la Convention de Genève III. Or la suite de leur raisonnement démontre que tel n'est pas le cas. En effet, ils ont aussi fait appel à la notion de combattant illégal pour leur refuser notamment la protection de la Convention de Genève IV ou de tout autre instrument. Ce qui tend à montrer que les Etats-Unis font de la notion de combattant illégal, une notion bien plus politique que juridique.

2. Statut de prisonnier de guerre et opinions doctrinales

La question du statut de prisonnier de guerre a été l'objet de nombreuses controverses lorsqu'il s'agit de déterminer le statut des détenus de Guantanamo. Les Etats-Unis ont refusé de le leur accorder parce qu'ils considèrent que ce statut nuirait aux intérêts américains. Ceux qui au contraire se sont prononcés en faveur de l'application du statut de prisonnier de guerre aux détenus de Guantanamo considèrent qu'un tel statut aurait sensiblement amélioré leur protection. Cela soulève deux interrogations que nous analyserons successivement : le statut de prisonnier de guerre constitue-t-il un obstacle réel à la sécurité des Etats-Unis ? Les personnes qui ne relèvent pas de la protection accordée au titre du statut de prisonnier de guerre sont-elles réellement désavantagées ?

a) Le statut de prisonnier de guerre constitue-t-il un obstacle réel à la sécurité des Etats-Unis ?

Une partie de la doctrine a considéré que la réticence des Etats-Unis à accorder le statut de

prisonnier de guerre aux talibans et membres d'Al-Qaida était due aux restrictions que leur imposeraient les dispositions sur l'interrogatoire des prisonniers de guerre¹⁶⁹ et sur leur rapatriement¹⁷⁰. Cela aurait un impact négatif sur la guerre contre le terrorisme menée par les Etats-Unis. C'est la position que soutiennent Neil McDonald et Scott Sullivan¹⁷¹. Cependant, les deux auteurs expliquent que la position des Etats-Unis reste critiquable car ils pourraient atteindre leurs buts tout en respectant la Convention de Genève III.

L'article 17 (1) dispose que « Chaque prisonnier de guerre ne sera tenu de déclarer, quand il est interrogé à ce sujet, que ses noms et prénoms et grade, sa date de naissance et son numéro matricule ou, à défaut, une indication équivalente ». Pour les Etats-Unis, ces restrictions sont un obstacle de taille qui compromet leurs chances de prévenir de futures attaques terroristes¹⁷². Cependant, Neil McDonald et Scott Sullivan expliquent que par une interprétation téléologique, l'article 17 ne prohibe pas l'interrogation mais délimite seulement les contours de l'information que chaque prisonnier a le devoir de donner sous peine de restreindre les privilèges liés à son rang. Selon ces deux auteurs, la Convention de Genève III reconnaît implicitement que l'interrogatoire des prisonniers de guerre est non seulement licite mais inévitable à l'article 7 (4) :

« Aucune torture physique ou morale , ni aucune contrainte ne pourra être exercée sur les prisonniers de guerre pour obtenir d'eux des renseignements de quelconque sorte que ce soit. Les prisonniers qui refuseront de répondre ne pourront être ni menacés, ni insultés, ni exposés à des désagréments désavantageux de quelque sorte que ce soit ».

De plus, les travaux préparatoires de l'Article 17 renforcent l'idée qu'il n'est pas interdit à la Puissance qui détient les prisonniers de guerre de les interroger. Les notes du Comité Spécial ayant contribué à la rédaction de l'article 17 précisent « It was idle to harbor illusions. A state

¹⁶⁹ Article 17 de la Convention de Genève III

¹⁷⁰ Article 118 de la Convention de Genève III

¹⁷¹ Voir en ce sens, Neil McDonald et Scott Sullivan *Regional Interpretation in Irrational Times : the Third Geneva Convention and the « War on Terror*, Harvard International Law Journal, Vol.44 (2003) / Recent developments

¹⁷² Voir en ce sens Kenneth Roth, *Bush Policy Endangers American and Allied Troops*, INT'L. Herald Trib, March 5, 2002

which had captured prisoners of war would always try to obtain military information from them »¹⁷³.

De fait, l'impact du 11 septembre 2001 et de la guerre contre le terrorisme ne rend pas les Conventions de Genève obsolètes. Bien au contraire, les principes qui sous-tendent le droit international humanitaire facilitent leur interprétation et leur application continue. Il a été objecté que s'il est interdit à la Puissance détentricrice d'interroger les détenus en faisant appel à des moyens coercitifs, les moyens à disposition pour mener un interrogatoire concluant sont alors peu nombreux. Cependant, la pratique des Etats renforce l'idée que la Convention de Genève III autorise l'interrogatoire pour autant que les méthodes et moyens d'interroger les détenus restent raisonnables.

L'article 118 relatif à la libération et au rapatriement des prisonniers de guerre dispose dans son paragraphe premier que « Les prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives ». Le rapatriement des prisonniers ne dépend donc pas d'un accord entre les parties ou d'un rapatriement réciproque des prisonniers détenus par chaque partie au conflit¹⁷⁴. L'utilisation des termes « hostilités actives » ajoute à la confusion dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » menée sur le territoire afghan. Les Etats-Unis envisagent leur intervention en Afghanistan d'une manière particulière, l'inscrivant dans le cadre d'une guerre plus large, celle de la guerre globale contre la terreur, qui n'est pas encore achevée. Ce point de vue justifie la détention durant une durée indéfinie des détenus de Guantanamo. De plus, les Etats-Unis ajoutent que des opérations continues étant nécessaires en Afghanistan pour éradiquer la menace constituée par les talibans et les membres d'Al-Qaida, une détention prolongée des détenus est justifiée. Les Etats-Unis s'appuient donc sur une interprétation large de la notion d'hostilités actives qui pèse en faveur des nécessités militaires au détriment des libertés individuelles. Cependant, on peut considérer que l'article 118 repose sur le postulat que la libération des prisonniers intervient à la fin active des hostilités car c'est à ce moment qu'ils ne constituent plus un danger pour la puissance détentricrice. Pour les Etats-Unis, ce n'est pas le cas dans le cadre de la guerre contre le

¹⁷³ Preparatory Works of the Geneva Conventions, 5th Meeting of Committee II, Friday 29 April 1949, in Diplomatic Conference for « the establishment of international Conventions for protection of victims of war » (Berne 1949)

¹⁷⁴ Voir T. Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, 94, Am. J. INT'L. L. 239(2000)

terrorisme car la détention continue des talibans et des membres d'Al-Qaida à Guantanamo empêche la réalisation d'attaques terroristes qui auraient été planifiées antérieurement à leur capture¹⁷⁵. L'autre enjeu par l'article 118 pour les Etats-Unis est le fait que cet article est un obstacle potentiel au jugement des détenus de Guantanamo. Neil McDonald et Scott Sullivan proposent à nouveau de se référer aux buts et à l'objet des Conventions de Genève III pour résoudre cette question. Ils soulignent que cette obligation de rapatriement n'est pas incompatible avec des poursuites pénales pour juger par exemple des prisonniers de guerre suspectés de crimes de guerre (comme le fait de viser lors des attaques des biens civils et non des objectifs militaires, ou de ne pas appliquer le principe de distinction entre civils et combattants). En revanche, selon ces deux auteurs, une détention purement préventive est contraire aux dispositions de la Convention de Genève III.

b) Les personnes qui ne relèvent pas de la protection accordée au titre du statut de prisonnier de guerre sont-elles désavantagées ?

La vision traditionnelle du statut de prisonnier de guerre repose sur le postulat que refuser ce statut a de graves conséquences sur la protection des personnes qui s'en trouvent privées. Elles se trouveraient sans défense face à la Puissance détentrice. La controverse sur le statut juridique des membres d'Al-Qaida et des talibans capturés lors du conflit en Afghanistan traduit cette crainte qui paraît justifiée au regard de la situation des détenus de Guantanamo. Donald Rumsfeld avait notamment précisé que les membres d'Al-Qaida et les talibans, parce qu'ils ne pouvaient prétendre au statut de prisonnier de guerre, ne pouvaient être protégés par le droit des conflits armés¹⁷⁶.

Une partie de la doctrine¹⁷⁷ considère qu'il faut nuancer la vision traditionnelle exposée ci-dessus car les différences entre la protection accordée au titre de prisonnier de guerre et celle accordée en vertu d'autres dispositions du droit international humanitaire (dans le cadre de la Convention de Genève IV par exemple) s'amenuisent. Les dispositions du droit international

¹⁷⁵ Voir Risk monitor briefing, Department of Defense, Special Briefing on the 2002 Unified Command Plan, April 21, 2002

¹⁷⁶ Voir U.S. Dep't of Defense News Transcript, Sec'y Rumsfeld Media Availability en Route to Camp X-Ray (jan. 27, 2002), disponible sur http://www.defenselink.mil/news/jan2002/t01282002_t0127sd2.html; White House Press Office, Status of Detainees at Guantanamo (feb. 7, 2002), disponible sur <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html>

¹⁷⁷ Voir en ce sens Derek Jinks, *The Declining Significance of POW Status*, Harvard International Law Journal Vol. 45, N° 2, Summer 2004.

humanitaire tendraient à une harmonisation de la protection accordée aux différentes catégories d'individus impliqués dans un conflit armé.

Qu'en est-il si l'on compare la protection accordée aux prisonniers de guerre et celle accordée en vertu des autres dispositions du droit applicable aux conflits armés internationaux ?

La Convention de Genève III confère un certain nombre de protections aux prisonniers de guerre : le droit à un traitement humain (consacré par l'article 13 et que l'on retrouve in fine aux articles 20, 46, 87), l'interdiction de la torture et de mesures de contraintes lors de leur interrogatoire (article 17), le droit à une procédure régulière dans le cadre de poursuites judiciaires et du prononcé d'une peine (articles 99 et 108), le droit de communiquer avec les puissances protectrices (articles 8 et 9), l'interdiction des représailles à leur encontre (article 13) et du travail forcé (articles 49 et 57). La Convention de Genève III rappelle par ailleurs que ces droits sont inaliénables (article 7) et non dérogeables (article 5). Ces règles sont accompagnées de dispositions très élaborées pour leur mise en œuvre. La torture ou les traitements inhumains des prisonniers de guerre constituent une infraction grave (articles 129 et 130) susceptible d'engager la responsabilité individuelle de celui qui les commet.

L'analyse des dispositions contenues par la Convention de Genève IV montre que la protection détaillée qu'elle offre aux civils est similaire à celle dont bénéficient les prisonniers de guerre en vertu de la Convention de Genève III¹⁷⁸. On retrouve le droit à une procédure régulière (articles 64, 76, 126, 146, 147), le droit à un traitement humain (articles 27 et 32), l'interdiction de la torture (article 32) et de la contrainte physique lorsqu'elles sont interrogées (article 31), l'interdiction de la discrimination dans leur traitement (article 27). De plus, la Convention de Genève IV a la même universalité que la IIIe et les mécanismes de mise en œuvre sont aussi très développés¹⁷⁹. Ainsi, lorsqu'elle est applicable dans sa totalité (c'est-à-dire hors le cas de l'article 5 ou des restrictions de l'article 4§2), la Convention de Genève III offre une protection quasiment identique à celle dont bénéficient les prisonniers de guerre. Il reste cependant deux limites : le critère de la nationalité, susceptible d'exclure ceux que l'on

¹⁷⁸ Voir en ce sens CICR, Commentaires: La Convention de Genève IV Relative à la Protection des Personnes Civiles en temps de Guerre 4-5 (Jean S. Pictet ed., 1958) « De manière générale (...) les dispositions applicables aux civils reproduisent presque mot pour mot les dispositions relatives aux prisonniers de guerre. »

¹⁷⁹ Voir en ce sens l'article 47 sur les infractions graves

nomme les *international fighters*, et la dérogation de l'article 5 qui permet de refuser l'octroi de certaines garanties importantes.

Le critère de la nationalité semble avoir perdu de l'importance comme en témoigne la jurisprudence du Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. Dans l'affaire Celebici, le Tribunal a considéré que les Serbes de Bosnie arrêtés par les autorités bosniaques étaient des personnes protégées par la Convention de Genève IV, malgré l'obstacle du critère de la nationalité. Le Tribunal a raisonné ainsi :

« The nature of the international armed conflict in Bosnia and Herzegovina reflects the complexity of many modern conflicts and not, perhaps, the paradigm envisaged in 1949. In order to retain the relevance and effectiveness of the norms of the Geneva Conventions, it is necessary to adopt [a different] approach »¹⁸⁰.

La Chambre d'appel a élaboré ce point de vue dans l'affaire Tadic :

« Article 4 (...) if interpreted in the light of its object and purpose, is directed to the protection of civilians to the maximum extent possible (...) Its primary purpose is to ensure the safeguards afforded by the Convention to those civilians who do not enjoy the diplomatic protection, and correlatively are not subject to the allegiance and control, of the State in whose hands they may and themselves (...) Article 4 intends to look to the substance of relations, not to their legal characterisation as such »¹⁸¹.

Concernant l'article 5, nous avons démontré dans notre partie II que le droit international des droits de l'homme s'applique simultanément. Par conséquent, la mise en œuvre de la dérogation consacrée par l'article 5 ne doit donc pas porter atteinte aux droits de l'homme qui sont indérogeables. Ceci a été confirmé à plusieurs reprises. Les commentaires du CICR suggèrent que les rédacteurs de l'article 5 cherchaient à autoriser uniquement la restriction des

¹⁸⁰ Prosecutor v. Delalic, Case No. IT-96-21-T, Judgment, §263_66(nov. 16, 1998

¹⁸¹ Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-A, Judgment, §168 (Appeals Chamber, ICTY, July 15, 1999

droits vus comme absolument nécessaires pour préserver la sécurité de l'Etat. De fait, ils ont rédigé cet article en ayant à l'esprit les conditions posées par le droit international des droits de l'homme à la mise en œuvre les mécanismes de dérogation.¹⁸²

Il convient enfin d'examiner le Protocole Additionnel I et tout particulièrement son article 75 relatif aux garanties fondamentales. C'est ainsi que de manière similaire à la Convention de Genève III, on retrouve à nouveau l'interdiction de la torture¹⁸³ le droit à un traitement humain¹⁸⁴, l'interdiction de la discrimination dans le traitement¹⁸⁵, le droit à une procédure régulière¹⁸⁶. L'article 45 (3) dispose que le Protocole s'applique notamment aux personnes qui participent directement aux hostilités mais qui ne pourraient jouir du statut de prisonnier de guerre ou d'un traitement plus favorable en vertu de la Convention de Genève IV. De même, il offre une protection en particulier pour les personnes détenues, arrêtées, internées ou qui font l'objet de poursuites pénales. Certains considèrent que l'article 75 n'est pas applicable aux personnes qui participent directement aux hostilités et aux combattants illégaux car cet article se situe dans le Titre IV intitulé « Population civile ». Or la notion de population civile, selon le Protocole, recouvre toute personne qui n'est pas un combattant au sens de l'article 43. Les personnes qui participent aux hostilités et celles désignées comme combattants illégaux semblent donc pouvoir bénéficier de la protection de l'article 75.

Cependant, il faut souligner un point important concernant le Protocole Additionnel I. Alors que les Conventions de Genève ont fait l'objet d'une ratification universelle, ce n'est pas le cas du Protocole Additionnel I. Mais nombre d'auteurs considèrent que cet article a valeur coutumière¹⁸⁷.

Par ailleurs, comme l'a précisé Derek Jinks, les violations des dispositions qu'il contient ne sont pas expressément identifiées comme des crimes de guerre et les instances internationales

¹⁸² C'est ce qu'explique Derek Jinks, *The Declining Significance of POW Status*, Harvard International Law Journal Vol. 45, N°2, Summer 2004

¹⁸³ Article 75-2 a) ii) du Protocole Additionnel I

¹⁸⁴ Article 75-1 du Protocole Additionnel I

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Article 75-3 et article 75-4 du Protocole Additionnel I

¹⁸⁷ Leslie C. Green, *Essays on the Modern Law of War* 586 (2d ed. 1999); Dormann, *The Legal Situation of "Unlawful/Unprivileged Combatants,"* 85 Int'l Rev. Red Cross 849 (2003)p 67; Greenwood, *Historical Development and Legal Basis of Humanitarian Law*, in *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, ap45; *Abella v. Argentina*, Case 11.137, Inter-Am. C.H.R., Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.98,Doc 6 rev., § 162; Jordan Paust, *Antiterrorism Military Com-missions: Courting Illegality*, 23 Mich. J. Int'l L. 1 (2001) p 5

telles que la Cour Pénale Internationale, le Tribunal International pour le Rwanda ou le Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie ne l'ont pas fait non plus. De fait, il semble que le Protocole Additionnel I soit moins protecteur que les Conventions de Genève III et IV.

Nous avons montré aux paragraphes précédents que la protection accordée aux personnes bénéficiant du statut de prisonnier de guerre est très similaire à celle accordée à d'autres titres, et notamment en vertu de la Convention de Genève IV.

Cependant, une différence fondamentale subsiste. Le statut de prisonnier de guerre ne permet pas de recourir à des juridictions pénales spécialisées pour juger les personnes auxquelles ce statut est accordé. Les prisonniers de guerre doivent être jugés par les mêmes tribunaux que ceux qui jugeraient les forces armées de la puissance détentrice¹⁸⁸. Aux Etats-Unis, il s'agit des cours martiales. Derek Jinks¹⁸⁹ considère qu'il s'agit plus d'un handicap que d'un avantage :

« It is well understood that trial procedures utilized by military courts often fall short of international due process standards, and typically fall short of the rights recognized in the parallel civilian system. In other words, the “same procedures, same courts” right accorded POWs (derived from the principle of assimilation) has ambiguous protective consequences »¹⁹⁰.

Enfin, il convient de rappeler que le statut de prisonnier de guerre découle du statut de combattant, lesquels jouissent de ce qu'on appelle le privilège du combattant¹⁹¹. Ils ne peuvent faire l'objet de poursuites pour les actes commis en respect du droit international humanitaire¹⁹² ce qui est un réel avantage.

¹⁸⁸ Article 84 de la Convention de Genève III

¹⁸⁹ Derek Jinks *The Declining Significance of POW Status*, Harvard International Law Journal Vol. 45, n° 2, Summer 2004

¹⁹⁰ Voir aussi en ce sens U.N. Sub-Comm. on the Promotion and Protection of Human Rights, Issue of the Administration of Justice Through Military Tribunals, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/4 (July 9, 2002) (préparé par Louis Joinet

¹⁹¹ Ce privilège n'est pas explicitement consacré dans les conventions mais on peut le déduire des articles 82, 87 et 88 de la Convention de Genève III

¹⁹² Waldemar A. Solf & Edward R. Cummings, A Survey of Penal Sanctions Under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949, 9 Case W. Res. J. Int'l L. 205, 212 (1977) (“[T]hose who are entitled to the juridical status of ‘privileged combatant’ are immune from criminal prosecution for those warlike acts which do Waldemar A. Solf & Edward R. Cummings, A Survey of Penal Sanctions Under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949, 9 Case W. Res. J. Int'l L. 205, 212 (1977) (“[T]hose who are entitled to the

Conclusion

La « guerre contre le terrorisme » est souvent utilisée de manière métaphorique. Les conséquences de l'utilisation d'une telle notion dans le langage politique ont pris une ampleur radicalement différente comme l'illustre parfaitement la situation des détenus de Guantanamo. Lors de l'invasion de l'Afghanistan par les Etats-Unis, cette « guerre contre le terrorisme » est devenue une guerre au sens juridique : la première phase du conflit (c'est-à-dire entre le 7 octobre 2001 et le 18 juin 2002) a constitué, à notre sens, un conflit armé international.

C'est alors que le droit international humanitaire vient jouer un rôle clef. Il encadre la conduite des hostilités et le traitement qui doit être réservé aux personnes impliquées dans le conflit armé. Les dispositions du droit international humanitaire à cet égard deviennent cruciales dans le cas où ces personnes se retrouvent détenues par l'une des parties au conflit. Dans le cas du conflit en Afghanistan, les Etats-Unis ont pourtant selon les cas largement détourné ces règles, voire refusé de les appliquer. Au cœur de leur justification se trouve la notion de combattant illégal, qui comme nous l'avons rappelé n'apparaît nulle part dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles Additionnels. Selon les Etats-Unis, les combattants illégaux sont rejetés de fait hors du droit. Ils ne peuvent ni bénéficier du statut de prisonnier de guerre ni être placés sous la protection de la Convention de Genève IV. Le droit international des droits de l'homme aurait dû offrir une protection complémentaire. Là aussi, les Etats-Unis ont considéré qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer ce corpus juridique, mettant en avant la situation d'extra-territorialité de Guantanamo.

La mise à l'épreuve à la fois du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire par les Etats-Unis est problématique à de nombreux égards. Tout d'abord, elle remet en cause l'essence même du droit international des droits de l'homme, à savoir qu'un Etat n'est pas libre de faire ce qu'il veut à l'intérieur de ses frontières ou sur un territoire placé sous son contrôle effectif. Ensuite, la lecture extrêmement restrictive qu'ont adopté les Etats-Unis du droit international humanitaire, et l'utilisation d'arguments politiques

juridical status of 'privileged combatant' are immune from criminal prosecution for those warlike acts which do not violate the laws and customs of war but which might otherwise be common crimes under municipal law.") not violate the laws and customs of war but which might otherwise be common crimes under municipal law.")

pour régir une situation juridique, pourrait créer un précédent dangereux. En effet, en raison de l'implication croissante d'acteurs non-étatiques, d'autres conflits pourraient à l'avenir présenter des similitudes avec l'intervention américaine en Afghanistan.

Enfin, il semble que les Etats-Unis soient revenus sur la distinction *jus in bello* et *jus ad bellum*. Comme nous l'avons rappelé, les règles qui régissent les conflits armés s'appliquent indépendamment de la justesse de la cause défendue. Autrement dit, la licéité de la guerre constitue un régime juridique séparé et régi par la Charte des Nations unies. Or, recourir à la notion de combattant illégal pour refuser toute protection aux détenus de Guantanamo semble sous-entendre que c'est avant tout parce que la cause défendue par les talibans et Al-Qaida n'est pas considérée comme une cause juste et légitime que leurs combattants sont déclarés « illégaux » et soustraits au droit.

Bibliographie

1. Instruments Internationaux

Conventions Internationales

Convention américaine relative aux droits de l'homme, « Pacte de San José de Costa Rica », 22 novembre 1969

Convention contre la torture et autres peines et traitements inhumains ou dégradants, 26 juin 1984

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949

Charte des Nations Unies du 26 Juin 1945

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969

Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966

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

Documents des Nations unies

a) Conseil de Sécurité

Conseil de Sécurité, Résolution 1373 en date du 28 septembre 2001

Conseil de Sécurité, Résolution 1267 en date du 15 octobre 1999

Conseil de Sécurité, Résolution 1419 en date du 26 Juin 2002

b) Autres

Commission des droits de l'homme, 6e session, Compte rendu analytique de la cent trente-huitième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.138, 6 avril 1950

Comité des droits de l'homme, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, Troisièmes rapports périodiques des États parties devant être soumis en 2003: États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/3, 28 novembre 2005

Comité des droits de l'homme, Observations finales – États- Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006

Rapport du Groupe de travail chargé du projet de Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, doc. Nations Unies E/CN.4/L.1470, 12 mars 1979

2. Jurisprudence

Cour Internationale de Justice

CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996

CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004

Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, Jugement, IT-94-1-T, 7 mai 1997

TPIY, *Le Procureur c/ Fatmir Limaj*, Jugement, IT-03-66-T 30 novembre 2005

TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, IT-98-29-T, Jugement (05 décembre 2003)

Cour interaméricaine des droits de l'homme

Cour interaméricaine, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2000, Série C N° 70

Commission interaméricaine des droits de l'homme

Commission interaméricaine, *Coard et autres c. Etats-Unis*, affaire N° 10.951

Commission interaméricaine, *Alejandro c. Cuba*, affaire N° 11.589

Commission interaméricaine, *Victor Saldaño c. Argentine*, rapport n° 38/99, 11 mars 1999

Commission interaméricaine, *Rafael Ferrer- Mazorra et autres c. Etats-Unis*, , affaire N° 9903

Autres

Affaire López Burgos c. Uruguay, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981

Affaire Celiberti de Casariego c. Uruguay, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/56/1979, 29 juillet 1981

3. Doctrine

Articles spécialisés

ABKAR Omar, *Losing Geneva in Guantanamo Bay*, 89 Iowa Law Review. 195 2003-2004

AHMAD Muneer L., *Resisting Guantanamo : Rights at the Brink of Dehumanization*, Northwestern University Law Review, Vol. 103 : 1683 (2009)

BERNDT Thomas F. & HUYSER Alethea M., *Ghost Detainees : Does Isolation and Interrogation of Detainees Violate Common Article 3 of the Geneva Conventions ?*, William Mitchell Law Review, Vol.33 :5 (2007)

BROOKS Rosa, *Protecting Rights in the Age of Terrorism : Challenges and Opportunities*, Georgetown Journal of International Law, Vol.36 (2005)

CORCORAN Erin B. *Obama's Failed Attempt to Close Gitmo : Why Executive Orders Can't Bring about Systemic Change*, University of New Hampshire Law Review, Vol.9, No2, 2011

CLOVER Joshua S., « *Remember, We're the Good Guys* » : *the Classification and Trial of the Guantanamo Bay Detainees*, South Texas Law Review, Vol. 45 :351 (2004)

DÖRMANN Knut, *The Legal Situation of "Unlawful/unprivileged Combatants"*, RICR (Mars 2003), Vol. 85, N 849

DESAI Akash R., *How We Should Think about Constitutional Status of the Suspected Terrorist Detainees at Guantanamo Bay : Examining Theories that Interpret the Constitution's Scope*, Vanderbilt Journal of Transitional Law, Vol.36 :1579 (2003)

DETTTER Ingrid, *The Law of War and Illegal Combatants*, The George Washington Law Review, Vol. 75 :1049 (2007)

DE ZAYAS Alfred, *The Status of Guantanamo Bay and the Status of the Detainees*, U.B.C Law Review, Vol. 37 :2 (2004)

DOGAN Salih, *The Making of Afghanistan : Karzai's Second Presidential Term and Obama's New Afghanistan Strategy*, USAK YEARBOOK, Vol.3 Year 2010 pp. 539-543

DRUMBL Mark A., « *Lesser Evils* », *in the War of Terrorism*, Vol. 36 CaseW. Res, J.INT'L. L,

(2004)

ELSEA Jennifer K., *Treatment of « Battlefield Detainees » in the War on Terrorism*, , CRS-2, Report for Congress, updated January 23, 2007

FORSYTHE David P, *United States Policy toward Enemy Detainees in the « War on Terrorism »*, Human Rights Quarterly, Vol.28 (2006), p 465-491

GADOURY Christopher L, *Should the United States Officially Recognize the Taliban ? The International Legal and Political Considerations*, Houston Journal of International Law, Vol.23 :2 (2001)

GREENSPAN Alyssa, *Are We Fighting the Right War ?*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 16 :493, 2007-2008,

HAPPOLD Matthew, *The Detention of Al Qaeda Suspects at Guantanamo Bay : United Kingdom Perspectives*, Human Rights Law Review – Vol.4, Number 1 – 2004

HUSKEY Kristine A., *Guantanamo and Beyond : Reflections on the Past, Present, and Future of Preventive Detention*, University of New Hampshire Law Review, Vol.9, No.2, 2011

JAMISON Melissa A., *Detention of Juvenile Enemy Combatants at Guantanamo Bay : the Special Concerns of the Children*, UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy, Vol.9 :1, Winter 2005

JINKS Derek, *The Declining Significance of POW Status*, Harvard International Law Journal Vol. 45, N°2, Summer 2004,

LIM Miri, *Redefining Torture in the Age of Terrorism : an Argument against the Dilution of Human Rights*, 13 Wash. & Lee J.C.R. & Soc.Just. 1 (2006)

MAXWELL Mark Davic & Watts Sean M , « *Unlawful Enemy Combatant* » : *Status , Theory of Culpability, or Neither ?*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 19-25

McDONALD Neil & SULLIVAN Scott, *Rational Interpretation in Irrational times : the Third Geneva Convention and the « War on Terror »*, Harvard International Law Journal, Vol.44 (2003) / Recent developments

MIRELES Michael S. & RAGAVAN Srividhya, *The Status of Detainees from the Iraq and Afghanistan Conflicts*, Utah Law Review 2005 :619 No.2

MOORE Jennifer, *Practicing What We Preach : Human Treatment for Detainees in the War on Terror*, Denv. J. Int'l L. & Pol'y, Vol. 34:1 (2006)

NESS von Pamela M, *Guantanamo Bay Detainees : National Security or Civil Liberty*, USAWC Strategy Research Project

NEUMAN Gerald L, *Humanitarian Law and Counterterrorist Force*, EJIL (2003), Vol. 14 No. 2. 283-298

PADMANABHAN Vijay M, *Norm of Internalization through Trials for Violations of International Law : Four Conditions for Success and their Application to Trials of Detainees at Guantanamo Bay*, http://works.bepress.com/vijay_padmanabhan/1

PARRY John T, *The Shape of Modern Torture : Extraordinary Rendition and Ghost Detainees*, Melbourne Journal of International Law, Vol.6-2005

QUENIVET Nöelle, *The « War on Terror » and the Principle of Distinction in International Humanitarian Law*, ACDI, Bogota, ISSN/2027-1131/ISSNe : 2145-4493, Vol. 3 (2010)

SASSOLI Marco, *La définition du terrorisme et le droit international humanitaire*, *Revue québécoise de droit international*, Hors-série (2007)

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

SHUMATE Brett, *New Rules for a New War : the Applicability of the Geneva Conventions to Al-Qaeda and Taliban Detainees Captured in Afghanistan*, *New York International Law Review*, Vol. 18 No. 2, Summer 2005

TRAHAN Jennifer, *Military Commission Trials at Guantanamo Bay, Cuba : Do They Satisfy International and Constitutionnal Law ?*, *Fordham International Law Journal*, Vol.30 :780, 2007

WANG Rui, *Assessing the Bush Administration's Detention Policy for Taliban and Al-Qaeda Combatants at Guantanamo Bay in Light of Developing United States Case Law and International Humanitarian Law, Including the Geneva Conventions*, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol.22, No. 2, 2005

WILSON Richard J., *War Stories : a Reflection on Defending an Alleged Enemy Combatant detained in Guantanamo Bay*, *Cuba*, *Yearbook of New Zealand Jurisprudence*, Vol 8.1, 2005

Commentaires du Comité international de la Croix Rouge

CICR, *Commentaire à l'art. 1 du Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977

CICR, *Commentaire à l'art. 4 de la Conventions de Genève III du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre*

CICR, *Commentaire à l'art. 44 du Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12*

août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977

CICR, Commentaire à l'art. 75 du Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977

Revue

DROEGE Cordula, *Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ?*, R.I.C.R., Vol. 90, Sélection française 2008

MEYROWITZ Henri, *Le droit de la guerre et les droits de l'homme*, (1972), R.D.P.S.P 1059

KOLB Robert, *Relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme* », (1998) 831, R.I.C.R 437

4. Autres

Memorandum from Secretary of Defense, to Joint Chief of Staff on Status of Taliban and Al-Qaeda (January 19, 2002)

Memorandum from Colin Powell, Secretary of State, to Counsel to the President, on the Applicability of the Geneva Conventions to the Conflict in Afghanistan 1 (January, 25 2002)

White House Fact Sheet, « Status of Detainees at Guantanamo : United States Policy », February 7, 2002

Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, to R. Gonzales, on the Status of Taliban Forces under article 4 of the Third Geneva Convention of 1949 (February 7, 2002)

Pentagon Report, Working Group on « Detainee Interrogations in the B-Global War on Terrorism : Assessment of Legal, Historical, Policy and Operational Considerations », March 6, 2003