



Annuaire Français de Relations Internationales
AFRI 2003, volume IV
Editions Bruylant, Bruxelles

MOURTADA SABBAH Nada , "Les tribunaux militaires aux États-Unis, inter arma
silent leges ?", AFRI 2003, volume IV

Disponible sur <http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/mourtada2003.pdf>

Tous droits réservés - Centre Thucydide - contact : centre.thucydide@afri-ct.org

LES TRIBUNAUX MILITAIRES AUX ETATS-UNIS

INTER ARMA SILENT LEGES?

PAR

NADA MOURTADA (*)

« *Are all the laws, but one, to go unexecuted, and the government itself to go to pieces, lest that one be violated?* » (1)

« *The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, and under all circumstances* » (2)

INTRODUCTION

Le 13 novembre 2001, à la suite des attentats perpétrés aux Etats-Unis contre le World Trade Center et le Pentagone, le Président George W. Bush signa son ordre militaire intitulé « *Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* » (3) Le décret, qui autorise le recours à des commissions militaires pour juger des personnes suspectées de participation à des actions terroristes ou de soutien à de telles actions (4) devait susciter un tollé dans la presse et une vive polémique dans le pays. Les Etats-Unis n'avaient pas recouru à de tels tribunaux militaires d'exception depuis la Seconde Guerre mondiale, lorsque le Président Roosevelt émit son décret relatif au jugement de huit saboteurs nazis qui s'étaient clandestinement introduits sur le territoire américain. Le présent décret signé par le Président Bush est lui-même rédigé en des termes particulièrement évocateurs de celui de Franklin D. Roosevelt en 1942 (5). Ce précédent est en effet invoqué par l'*Attorney General* Ashcroft comme étant « *le plus approprié* »

(*) Professeur assistant de Science politique à l'Université américaine de Sharjah (affiliée à l'Université de Washington, DC), *visiting scholar* à l'Université de Californie à Berkeley (Institute of Governmental Studies) et professeur invitée, au titre de l'année 2003, à l'Université Paris II – Panthéon-Assas.

(1) Président Lincoln, dans un message au Congrès, lors d'une session extraordinaire, 4 juillet 1861.

(2) Ex parte Milligan, 71 US 2 (1866).

(3) *Military Order*, 66 Fed. Reg. 57, 833, 13 novembre 2001 (Nov. 16, 2001).

(4) L'ordre militaire ne s'applique pas aux citoyens américains. L'expression « personne soumise au présent décret » signifie « tout individu qui n'est pas citoyen des Etats-Unis » et dont je détermine par écrit qu'il est des raisons de croire (i) qu'il est ou a été membre du réseau Al Qaïda, (ii) qu'il s'est engagé dans des actes de terrorisme ou qu'il a aidé ou encouragé de tels actes ou conspiré pour les commettre, (iii) qu'il a hébergé ou abrité en connaissance de cause une ou plusieurs personnes faisant partie de la catégorie d'individus mentionnés dans les sous-paragraphes (i) ou (ii) de la sous-section 2 (a) (1) de cet ordre. *Eod. loc.* section 2 (a) Cnqs.

(5) Cf. la proclamation n° 2561, Fed. Reg. 5101 7, 2 juillet 1942 et *Military Order*, « Appointment of a Military Commission », 7 Fed. Reg. 5103, 2 juillet 1942.

(*the most apt precedent*) à l'appui de l'établissement de tribunaux militaires d'exception. C'est cette même décision que le Président Bush invoqua à l'appui de son décret du 13 novembre 2001 : « *je souhaiterai rappeler à ceux d'entre vous qui ne comprennent pas la décision que j'ai faite, que Franklin Roosevelt a pris la même décision au cours de la Seconde Guerre mondiale. Nous sommes là en présence de temps extraordinaires* » (6).

Quelles sont les implications du décret du 13 novembre ? A quel point le (ou les) précédent(s) cité(s) à l'appui sont-ils valables ? Ce décret vient-il affirmer la maxime selon laquelle *inter arma silent leges* ? A quel point vient-il alimenter les critiques selon lesquelles en temps de guerre les lois sont mises en sourdine ou reléguées au second plan ?

ANATOMIE DU DÉCRET MILITAIRE

« Ayant pris en compte toute l'ampleur des morts, des blessés et l'atteinte à la propriété qui résulteraient d'actes de terrorisme potentiels contre les Etats-Unis et la probabilité que de tels actes vont avoir lieu, j'ai décidé qu'il existe un état d'urgence extraordinaire pour les besoins de la défense nationale, que cet état d'urgence constitue un intérêt gouvernemental urgent et contraignant et que le présent décret est nécessaire afin de faire face à cet état d'urgence » (7). C'est en ces termes que le Président Bush annonça son Military Order du 13 novembre 2001 – décret qu'il émit « *en vertu de l'autorité dont [il est] investi en tant que commandant en chef des forces armées des Etats-Unis par la Constitution et les lois des Etats-Unis* » (8) et qui, depuis, n'a pas fini de faire couler de l'encre. Le Président Bush indiqua qu'il jugeait nécessaire, « afin de protéger les Etats-Unis et ses citoyens et pour assurer la conduite efficace des opérations militaires et la prévention d'attaques terroristes, que les individus soumis à ce décret... soient détenus et jugés, lorsqu'ils doivent l'être, de contravention aux lois de la guerre [*violations of the laws of war*], et autres lois applicables, par des commissions militaires » (9). Aux termes de la Constitution, « le pouvoir judiciaire sera dévolu à une Cour Suprême et à telles cours inférieures que le Congrès pourra, le cas échéant, ordonner et établir » (10). La section 1 de l'article III prévoit que « le jugement de tous les crimes sauf l'impeachment, sera effectué par un jury ». Aux termes du 5^e amendement, « nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant si ce n'est sur une déclaration de mise en accusation [*presentment*] ou un acte d'accusation [*indictment*] d'un grand jury, sauf dans les causes nées dans l'armée de terre ou de mer, ou dans la

(6) Mike ALLEN, « Bush Defends Order for Military Tribunals », *Washington Post*, 20 novembre 2001, A14.

(7) Military order, *op. cit.*, section 1 (g).

(8) *Eod. loc.*, préambule.

(9) *Eod. loc.*, section 1 (e). Cnqs.

(10) Article III, Section 1. Cf. Stéphane RIALS (dir.), *Textes Constitutionnels Etrangers*, PUF, p. 33.

milice lorsqu'elle est en service actif en temps de guerre ou de danger public; nul... ne sera privé de vie, de liberté, ou de propriété sans procédure légale convenable [*without due process of law*] » (11). Aux termes de l'article VI, « dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit à un jugement rapide et public par un jury impartial de l'Etat et du district où le crime aura été commis, ce district ayant été préalablement déterminé par la loi, et d'être instruit de la nature et du motif de l'accusation; d'être confronté avec les témoins à charge; de bénéficier d'une procédure obligatoire de citation de témoins à décharge et d'être assisté d'un conseil pour sa défense » (12). Enfin, c'est au Congrès qu'il incombe de « définir et punir les actes de piraterie et... délits contre le droit des gens » (13).

On comprend donc que le décret du Président Bush puisse prêter le flanc à des attaques et susciter de vives polémiques. En effet, aux termes de la section 4 (a) de ce décret, « *tout individu sujet au présent décret, lorsqu'il vient à être jugé, doit l'être par une commission militaire* » (14). Les personnes soumises à cet ordre « *peuvent être punies en conformité avec les peines prévues aux termes de la loi applicable, y compris la prison à vie ou la peine de mort* » (15). Il est évident, de par les termes employés, que le Président Bush considère que les attentats du 11 septembre 2001 ont généré « *un état de conflit armé qui nécessite le recours aux forces armées des Etats-Unis* » (16). Le fait que les attentats terroristes du 11 septembre soient qualifiés d'acte de guerre plutôt que d'être considérés comme des actes criminels est significatif; la distinction a une portée autre que rhétorique (17) : si l'on considère ces actes comme des actes de guerre, cela permettrait aux Etats-unis de poursuivre les personnes tenues responsables comme des criminels de guerre et de les faire juger par des tribunaux militaires plutôt que par de tribunaux fédéraux (18). Il importe de noter à cet égard que le Président Bush indiqua qu'il ne jugeait pas praticable d'appliquer au sein des commissions militaires établies aux termes du décret du 13 novembre les principes de loi et les règles de preuves qui sont généralement reconnus dans le jugement d'affaires criminelles dans les cours de district des Etats-Unis (19).

Le décret prévoit également que les individus qui y sont soumis soient détenus en un lieu approprié désigné par le ministre de la Défense, aux Etats-Unis ou à l'étranger (20), et que les commissions militaires pourraient

(11) *Eod. loc.*, pp. 36-37. Cnqs.

(12) *Eod. loc.*

(13) Article I, section 8 (10).

(14) *Military Order*, Section 1 (e).

(15) *Eod. loc.*, Section 4 (a).

(16) *Eod. loc.*, Section 1 (a). Cnqs.

(17) Cf. Jennifer ELSEA, « Terrorism and the Law of War : Trying Terrorists as War Criminals before Military Commissions », CRS RL 31191, décembre 2001, pp. 1-2; Philip Allen LACOVARA, « Criminal or Military Justice for Captured Terrorists? », 10 N.J.Law 7, 2001.

(18) *Eod. loc.*

(19) *Military Order*, section 1 (f).

(20) *Eod. loc.*, section 3 (a).

siéger en tout lieu et à tout moment, non seulement aux Etats-Unis mais également à l'étranger, suivant les instructions du Secrétaire à la Défense à cet égard (21). De même, les commissions militaires admettront toute preuve qui aurait, de l'opinion de l'officier présidant la commission, valeur de preuve au jugement d'une personne raisonnable (*probative value to a reasonable person*) En effet, un tribunal militaire ne requiert pas d'établir la preuve de la culpabilité « au-delà d'un doute raisonnable ». Quant aux ordres et règlements régissant l'établissement et le fonctionnement des commissions militaires prévues par l'ordre, ils seraient fixés par le Secrétaire à la Défense.

Une condamnation requiert « *la concurrence des deux tiers des membres de la commission présents au moment du vote, une majorité étant présente* » (22). Un verdict unanime n'est donc pas requis, même pour une peine de mort, comme c'est le cas pour les cours martiales aux Etats-Unis. Enfin, le procès-verbal du procès, y compris toute condamnation ou peine, devrait être soumis au Président et revu par lui pour qu'une décision finale soit prise. C'est en dernière analyse au Président seul, en tant que commandant en chef de l'armée, que revient la décision de savoir qui sera amené devant ce genre de commissions. Il n'est pas de procédure d'appel indépendante.

Ainsi, pour toute personne soumise à cet ordre, « *les tribunaux militaires auront une juridiction exclusive, pour ce qui est des crimes commis par ces personnes et lesdites personnes n'auront pas le droit d'intenter des procès... dans aucun tribunal des Etats-Unis, aucun tribunal d'une nation étrangère ou tribunal international* » (23). Bien que le décret ne suspende pas expressément le *writ of habeas corpus*, ce langage semble suggérer que même des reviews aux termes d'une ordonnance d'*habeas corpus* ne seraient pas tolérées (24). Aux termes de ce décret, le Président des Etats-Unis a le choix d'ordonner le jugement des terroristes ou personnes suspectées de terrorisme par une commission militaire, qu'ils soient capturés aux Etats-Unis ou à l'étranger. Les procès qui pourraient se dérouler – en grande partie du moins – en secret se fonderaient donc également sur des preuves basées sur des informations classées secrètes (25).

La catégorie de personnes tombant sous le coup de l'ordre militaire fut critiquée comme étant par trop vaste et largement indéterminée, puisqu'il s'agit de tout individu qui n'est pas citoyen des Etats-Unis et dont le Président Bush jugera par écrit qu'il appartient à ladite catégorie d'individus. Aussi, les professeurs Tribe et Ketyal des Harvard et Yale Schools of Law font-ils remarquer que la catégorie de personnes éligibles est tellement vaste

(21) *Eod. loc.*, 4 c (1).

(22) *Eod. loc.*

(23) *Eod. loc.*, sec. 7 (b) (1) et (2).

(24) Cf. cependant Alberto R. GONZALES, « Martial Justice, Full and Fair », *The New York Times*, 30 novembre 2001, p. 27.

(25) *Military Order, op. cit.*, 4 (c) 4.

qu'elle risque de mettre en péril les droits et libertés de quelque 20 millions d'étrangers ainsi que ceux de toute personne qui n'a pas la nationalité américaine n'importe où dans le monde : « *les termes utilisés [dans le décret] encouragent les interprétations les plus généreuses et le caractère vague de sa construction invite des déterminations arbitraires et discriminatoires quant à qui serait soumis à l'ordre et qui ne le serait pas* » (26). Les critiques parlent ainsi d'une « *série de règles qui menacent de changer les principes fondamentaux sur lesquels l'Amérique se fonde* » et d'un « *plan qui exclut le Congrès et le pouvoir judiciaire de tout rôle dans l'établissement des procédures qui seraient appliquées aux suspects* » (27).

RÉACTIONS ET POLÉMIQUE

Après que le décret eut été rendu public, des personnalités officielles du ministère de la Justice indiquèrent qu'il était possible que des immigrés détenus par le *Justice Department* en relation avec les attaques du 11 septembre 2001 soient jugés par des tribunaux militaires – immigrés dont le *Justice Department* avait à plusieurs reprises refusé de divulguer l'identité et les accusations dont ils faisaient l'objet. De tels procès pouvaient avoir lieu à l'étranger (on parla notamment de Guantanamo, Cuba) ou même à bord de navires américains en pleine mer. Au cours du mois d'octobre 2001, le *Justice Department* avait divulgué que le nombre de détenus s'élevait à plus de 1 000, mais des responsables indiquèrent par la suite qu'ils ne communiqueraient plus de comptes détaillés des nombres de détenus (28).

Alors que les experts en justice militaire suggèrent que le genre de commission militaire prévues par le décret du Président Bush est susceptible de limiter les droits des accusés encore plus que ne le feraient les tribunaux militaires (29), des personnalités officielles de la Maison-Blanche affirment que ces tribunaux sont nécessaires afin d'assurer aux jurés américains

(26) Neal K. KETVAL/Laurence H. TRIBE, « Waging War, Deciding Guilt : Trying the Military Tribunals », 111 *Yale L.J.* 1259, 1263. Tribe fait remarquer que le décret est criblé de défauts dont notamment : pour justifier l'ordre, le Président agit comme si le Congrès avait déclaré la guerre, alors qu'il n'en est rien; la portée du décret militaire est large à l'excès; le décret n'offre aucune définition de ce qui est entendu par terrorisme international et la définition offerte par le *USA Patriot Act* est extrêmement large; la juridiction des tribunaux militaires s'étend au-delà des « *violations of the law of war* » pour comprendre les violations de toutes les « *other applicable laws* », ce qui invite le recours à de tels tribunaux, même pour les crimes ordinaires; le décret donne au Président et au Secrétaire à la Défense une discrétion illimitée pour mener les procès sous le sceau du secret et parvenir à quelque jugement final que le Président juge approprié, au point peut-être de pouvoir condamner à mort quelqu'un que le tribunal aurait acquitté. Cf. Laurence H. TRIBE, « Trial by Fury : Why Congress Must Curb Bush's Military Order », *The New Republic*, 10 décembre 2001, p. 18.

(27) Norman SIEGEL, « No To Military Tribunals : They Are Not Fair, » *The Village Voice*, November 27, 2001, p. 37.

(28) Elisabeth BUMILLER/Steven Lee MYERS, « A Nation Challenged : The Presidential Order », *The New York Times*, 15 novembre 2001. Cf. aussi « A Travesty of Justice », *The New York Times*, 16 novembre 2001, p. 24.

(29) William GLABERSON, « Tribunal v. Court Martial : Matter of Perception », *The New York Times*, 2 décembre 2001, p. 6.

potentiels la protection nécessaire pour faire face au danger qu'ils encourent du fait d'avoir à passer un jugement à l'égard de terroristes. Ils sont également d'avis que ces commissions militaires seraient à même d'empêcher la divulgation de sources auxquelles le gouvernement a recours pour l'obtention de preuves – sources qui seraient normalement rendues publiques dans un procès tenu devant des tribunaux réguliers (30). L'administration affirme ainsi qu'elle a le souci de protéger les sources sensibles, d'assurer la protection aux membres et personnel des tribunaux et de retenir une certaine flexibilité tant que la guerre contre le terrorisme est en cours (31). Des procès tenus devant une commission militaire seraient également à même d'empêcher que le jugement de terroristes n'offre à ces derniers une plateforme pour la propagande de leur agenda ou ne donne lieu à un « *cirque médiatique* » (32). Par ailleurs, un jugement dans un tribunal fédéral devrait être soumis aux critères particulièrement rigoureux d'admissibilité de preuves et aux diverses procédures d'appel qui risquent de prolonger les procès interminablement. Enfin, au vu des vives émotions suscitées par les événements du 11 septembre 2001, il risque d'être difficile d'assurer un jury impartial, pour un tribunal fédéral aux États-Unis (33).

L'*Attorney General* John Ashcroft affirma à cet égard que les libertés civiles n'avaient jamais été mises en cause ou menacées par les actions de l'Administration Bush, dont notamment l'arrestation et l'interrogatoire de centaines de personnes à la suite des attaques du 11 septembre, l'autorisation de tribunaux militaires pour juger les personnes soupçonnées de terrorisme et les efforts visant à interviewer quelque 5 000 musulmans au sujet d'éventuelles informations qu'ils pourraient avoir concernant des actes terroristes (34).

Pendant, l'ordre du Président Bush provoqua un tollé dans la presse et une vive polémique dans le pays, alarmant notamment les groupes de défense de libertés civiles aux États-Unis. Ainsi, Laura W. Murphy, directrice de l'*American Civil Liberties Union's National Office* (Union pour les libertés fondamentales) affirma que « *cette mesure est inquiétante* » et qu'elle représente une preuve de ce que « *l'administration ne veut pas se soumettre au système légal traditionnel qui est au centre de la démocratie américaine* ». L'or-

(30) *Eod. loc.*

(31) Katharyne Q. SEELYE, « Government Set Rules for Military on War Tribunals », *The New York Times*, 21 mars 2002.

(32) Cf. « A Nuremberg-style International Tribunal Would be Perceived as Biased », *The Financial Times*, 7 novembre 2001, p. 15.

(33) Cf. notamment le témoignage de l'ex-*Attorney General* Barr devant la commission judiciaire du Sénat, « Testimony of William P. Barr Former Attorney General of the United States Before the Committee on the Judiciary of the United States Senate », in *Department of Justice Oversight : Preserving Our Freedoms While Defending Against Terrorism*, 28 novembre 2001.

(34) William GLABERSON, « A Nation Challenged : The Legal Issues; Groups Gird for Long Legal Fight On New Bush Anti-Terror Powers », *The New York Times*, 30 novembre 2001, p. 1.

ganisation, dit-elle, est « *profondément troublée par le décret [du Président Bush] et appelle le Congrès à exercer ses pouvoirs avant que la déclaration des droits [Bill of Rights] aux Etats-Unis ne devienne complètement méconnaissable [distorted beyond recognition]* » (35). William Glaberson parle dans le *New York Times* d'« *expansion agressive des pouvoirs du gouvernement* » ; le décret du Président Bush a suscité, dit-il, « *une controverse qui pourrait durer des années et redéfinir les pouvoirs de la branche exécutive du gouvernement* » (36). D'autres commentateurs affirment que le décret du Président Bush a en fait suspendu le *writ of habeas corpus* (ordonnance d'*habeas corpus*), procédure légale datant de plusieurs siècles, qui protège les citoyens contre la possibilité d'être détenus de façon illégale par le gouvernement. D'aucuns manifestèrent une inquiétude particulière du fait que l'ordre du Président permettrait au gouvernement de détenir des citoyens sans la sanction d'un tribunal. « *Si le Président peut suspendre un principe constitutionnel aujourd'hui, le danger c'est qu'il pourrait en suspendre d'autres demain* » (37). Par ailleurs, en signant ce décret, « *le Président s'accapare* », de l'avis de certains, « *du pouvoir de législation, pouvoir qui aux termes de la Constitution est réservé au Congrès* ». « *L'action du Président serait donc en violation du principe de séparation des pouvoirs* », déclare Steven Shapiro, directeur de l'American Civil Liberties Union (38). William Safire s'exprime en un langage encore plus direct : « *mal informé par un Attorney General frustré et pris de panique, le Président des Etats-Unis vient de s'arroger ce qui équivaut à des pouvoirs dictatoriaux pour emprisonner ou exécuter des étrangers. Il n'est plus un pouvoir judiciaire ou un jury indépendant entre le gouvernement et l'accusé. Nous sommes en train de laisser George W. Bush remplacer l'Etat de droit par des tribunaux militaires d'exception... Dans une tournure orwellienne, le décret du Président Bush se réfère à cette abomination au style soviétique comme étant un 'procès équitable en bonne et due forme' [a full and fair trial]* » (39).

Certains défenseurs des libertés civiles font également remarquer que les procès devant une commission militaire risquent de manquer de légitimité aux yeux de la communauté internationale. Patrick Leahy, sénateur démocrate et président de la commission judiciaire du Sénat, affirme que les critères arbitraires de ces tribunaux risquent d'« *envoyer au monde un message selon lequel il est acceptable de tenir des procès sous le sceau du secret et des exécutions sommaires sans la possibilité de judicial review, du moins lorsque*

(35) Elisabeth BUMILLER/Steven Lee MYERS, « A Nation Challenged : The Presidential Order », *op. cit.*

(36) William GLABERSON, « A Nation Challenged : The Legal Issues », *op. cit.*

(37) *Eod. loc.*

(38) *Eod. loc.*

(39) William SAFIRE, « Seizing Dictatorial Power », *New York Times*, 15 novembre 2001, A. 31.

les accusés sont des ressortissants étrangers » (40). Le Président Bush pourrait également adresser ainsi au monde un message qui risque d'être particulièrement dangereux pour les citoyens américains qui viendraient à être arrêtés par des gouvernements étrangers au motif qu'ils portent atteinte à la sécurité nationale de ces gouvernements. Si les États-Unis peuvent poursuivre en justice assez librement, voire exécuter de façon sommaire des personnes identifiées comme ayant prêté assistance à des actes terroristes, pourquoi d'autres pays ne suivraient-ils pas cet exemple, dans leur propre intérêt ? (41) Les États-Unis ne prêtent-ils pas ainsi le flanc à des accusations d'hypocrisie et seront-ils encore capables de condamner des gouvernements qui manquent d'offrir à des Américains accusés de terrorisme des procès équitables (comme Lori Berenson au Pérou), s'inquiètent les critiques ? (42) Le sénateur Patrick J. Leahy affirme aussi qu'il y aura des pays où militaires et diplomates américains seront arrêtés : mais il ne faut pas ouvrir cette porte, celle de leur donner le prétexte de dénier des droits à des Américains parce que les États-Unis dénie des droits à leurs citoyens (43). Non moins critique est cet éditorial du *New York Times* qui affirme que le recours à des commissions militaires spéciales « refléterait un manque de confiance dans les institutions les plus fondamentales de notre démocratie. Le reste du monde n'accepterait pas le jugement de tels tribunaux » (44). Certains font remarquer que l'on est maintenant en droit de se demander *quid custodiet ipos custodias* – à qui il incombe de surveiller les gardiens. « Il est des dispositions constitutionnelles claires qui régissent une déclaration de guerre et qui, alors seulement, peuvent justifier des mesures légales exceptionnelles. Or,

(40) « Abandoning the Constitution to Military Tribunals », *The Village Voice*, 27 novembre 2001, p. 34. Il importe de noter cependant, que Zaccaria Moussaoui fut finalement jugé devant un tribunal fédéral, bien que l'on parle de nouveau récemment de la possibilité de tribunal militaire. Il fut en effet décidé, sans que le Pentagone ne soit consulté, que ce ressortissant français d'origine marocaine, appréhendé à Minneapolis le 17 août 2001, serait jugé par un tribunal fédéral. Plusieurs sénateurs démocrates exprimèrent leur étonnement du fait que le *Justice Department* ait pris sa décision à cet égard sans consulter le *Department of Defense*, alors que Moussaoui représentait, selon eux, un candidat par excellence pour un jugement devant les tribunaux militaires. Katharyne Cf. Q. SEELYE, « A Nation Challenged : The Tribunals ; Justice Department Decision to Forgo Tribunal Bypasses Pentagon », *The New York Times*, 13 décembre 2001, Sect. B, p. 6, col. 1. Le sénateur Joseph I. Lieberman affirma que « c'était une erreur que de ne pas avoir consulté le Pentagone, car nous sommes en guerre et Moussaoui est un criminel de guerre. », *eod. loc.* Il craignait que le cas de Moussaoui n'ait établi un précédent sur lequel il serait difficile de revenir. D'autres se félicitent au contraire de ce que cela semble refléter les précautions que le Président paraît prendre avant de décider d'un recours aux commissions militaires, d'autant que les sondages d'opinion reflètent que près de 51 % des Américains ne sont pas en faveur de faire juger des suspects étrangers aux termes de procédures qui seraient menées sous le sceau du secret, *eod. loc.* On pense également dans les milieux officiels que les vives critiques dont les tribunaux militaires firent l'objet contribuèrent aussi à cette décision. Cf. David JOHNSTON/Philip SHENON, « A Nation Challenged : The Government's Case ; Man Held Since August Is Charged With a Role In September 11 Terror Plot », *The New York Times*, 12 décembre 2001.

(41) « Abandoning the Constitution to Military Orders », *The Village Voice*, *op. cit.*

(42) Norman SIEGEL, « No to Military Tribunals », *op. cit.*

(43) Katharine Q. SEELYE, « A Nation Challenged : Civil Liberties ; Draft Rules For Tribunals Ease Worries but not All », *The New York Times*, 29 décembre 2001, sect. B, p. 7, col. 5.

(44) « Terrorism and Justice », *New York Times*, 13 décembre 2001. Le *New York Times* espère que le jugement de Zaccaria Moussaoui devant un tribunal civil reflète une nouvelle détermination de la part de l'Administration Bush à juger ceux qui sont impliqués dans les attaques terroristes dans le système de tribunaux criminels civils. *Eod. loc.*

le Congrès n'a pas légiféré en la matière et n'a pas appelé à faire la guerre. La Maison-Blanche et l'Attorney General ont affirmé que les tribunaux militaires ou toute autre instance jugée nécessaire par le Président pour punir les terroristes étaient en soi une garantie de liberté. On soumet ainsi, de manière irresponsable, la logique d'ensemble du système légal américain à la pression d'une formidable émotion, en prétendant que l'on peut 'faire confiance' au pouvoir exécutif jusqu'au point d'ignorer les nécessaires contrepoids du législatif et du judiciaire » (45), écrit l'éditorialiste Flora Lewis.

Au sein du milieu universitaire les critiques ne furent pas plus tendres (46). David Cole, professeur de Droit à Georgetown University rappelle que « *les seules fois où on a eu recours à des tribunaux militaires de ce genre dans le passé étaient des cas où il existait une guerre déclarée contre des étrangers ennemis [enemy aliens] – des personnes impliquées dans des combats contre nous dans une guerre déclarée, au nom d'une nation avec laquelle nous sommes en guerre* » (47); or, rappelle-t-il, « *le Président Bush a demandé une déclaration de guerre au Congrès qui le lui avait refusé et les Etats-Unis n'étaient donc pas en guerre au moment où le décret avait été annoncé. De plus, cet ordre n'est pas limité à des personnes qui sont en train de combattre contre nous. C'est un décret extrêmement large* » (48). L'idée de commissions militaires semble représenter « *une façon de faire face à la crainte que nous puissions manquer de preuves pour condamner ces personnes* » (49) affirme quant à lui le professeur Philip Heymann, de la Harvard Law School; il rappelle que des terroristes, notamment ceux accusés en 1993 des attentats perpétrés contre le World Trade Center, furent poursuivis en justice au cours de procès devant des tribunaux civils réguliers; en outre, selon M. Heymann, la loi dite de *Classified Information Procedures Act* permet que des informations classées secrètes soient utilisées au cours de procès sans être divulguées au public (50). Dans le même esprit, le professeur Anne Marie Slaughter de la Harvard School of Law, actuellement doyenne de la School of Foreign Policy à l'Université de Princeton, rappelle que la guerre était menée pour préserver les valeurs américaines : « *nous sommes en train d'essayer de gagner la confiance et le soutien des pays musulmans à travers le monde, ainsi qu'au sein de notre coalition. De ce point de vue, ceci est désastreux. Ils nous demandent des preuves de terrorisme international. Nous leur disons ainsi : Eh bien*

(45) Cf. *International Herald Tribune*, 7 décembre 2001, dossier « Attentats Terroristes aux Etats-Unis »; informations provenant du Département d'Etat américain des Nations Unies; *Le Monde*, 16, 18-19 novembre et 27 décembre 2001; site Internet <http://www.droitshumains.org/attacks/h02.htm>.

(46) Cf. Katharine Q. SEELYE, « In Letter, 300 Law Professors Oppose Tribunals Plan », *The New York Times*, 8 décembre 2001, B.7.

(47) « Abandoning the Constitution to Military Orders », *op. cit.*

(48) « Abandoning the Constitution to Military Tribunals », *op. cit.*

(49) *Eod. loc.*

(50) *Eod. loc.*

nous ne pouvons pas vous en donner » (51). Jonathan Turley, professeur de Droit constitutionnel à la George Washington University, a qualifié le décret d'« *extrêmement troublant* », observant que cela avait certainement l'apparence de quelqu'un qui mettrait le pouce sur un plateau de la balance de la justice, afin de garantir un meilleur résultat (52).

Du côté de l'argument en faveur des commissions militaires, on affirme qu'en temps de guerre des personnes présumées comme étant terroristes ne devraient pas jouir des mêmes protections constitutionnelles. Ainsi, l'*Attorney General* John Ashcroft estime que les terroristes étrangers « *n'ont pas droit à la protection de la Constitution américaine* » (53). Plusieurs juristes ont accueilli favorablement l'initiative du Président Bush, estimant qu'il « *fallait considérer toutes les possibilités dans la lutte contre le terrorisme* ». « *Nous sommes face à des circonstances exceptionnelles qui donnent lieu à des mesures exceptionnelles* », estime Jack Greenberg, professeur de Droit à la Columbia University (54). En défense de l'ordre, on avance les précédents historiques de recours à de tels tribunaux, notamment le jugement et la pendaison de l'agent secret britannique John André en 1780, les multiples recours aux tribunaux militaires au cours de la guerre civile, mais surtout, le précédent désormais célèbre des huit saboteurs nazis, précédents sur lesquels on reviendra par la suite.

DÉCRET MILITAIRE : PROCÉDURES EN COURS

Ce fut William P. Barr, *Attorney General* sous l'Administration de George Bush qui proposa le recours à un tribunal militaire afin de juger deux hommes accusés de l'explosion de la Pan Am à Lockerbie, Ecosse. Barr était chef du bureau de conseils légaux au département de la Justice lorsque les préparatifs pour le procès Lockerbie étaient en cours – lequel bureau était par un curieux hasard situé dans la même suite où les fameux saboteurs nazis furent jugés au cours de la Seconde Guerre mondiale. L'Ecosse ne pratiquant pas la peine de mort, l'idée fut abandonnée. Cependant, peu de temps après les attaques du 11 septembre 2001, Barr prit contact avec la Maison-Blanche et le *Justice Department*, leur suggérant de reprendre les

(51) *Eod. loc.* Cf. Anne Marie SLAUGHTER, « Al Qaeda Should Be Tried Before the World », *New York Times*, 17 novembre 2001, Sect. A, p. 23, col. 2.; Anne Marie SLAUGHTER, « Terrorism and Justice : An International Tribunal Comprising US and Islamic Judiciary Should be set up to try Terrorists », *Financial Times*, 12 octobre 2001, p. 23.

(52) « Bush to Allow Terror Trials by Military », *Los Angeles Times*, 14 novembre 2001, Part A, Part 1, p. 1. Cf. cependant, « A Nuremberg-style International Tribunal Would be Perceived as Biased », *Financial Times*, 7 novembre 2001, p. 15.

(53) Dossier « Attentats terroristes aux Etats-Unis », fondé sur *Le Monde* 16, 18-19 novembre et 27 décembre 2001. Cf. aussi les remarques de Cheney et de Bush (texte accompagnant les notes 100 à 110 *infra*).

(54) *Eod. loc.*

dossiers là où ils les avaient laissés (55). L'idée de recourir à des tribunaux militaires fut considérée une semaine après les attentats du 11 septembre. Un débat s'ensuivit entre le Pentagone et le *Justice Department* quant à savoir qui devait déterminer quelles personnes étaient suspectes de terrorisme et donc susceptibles d'être soumises au jugement de tribunaux militaires (56). Ce fut en fin de compte le Président Bush lui-même qui insista pour que ce soit à lui, plutôt que de voir ce pouvoir revenir au ministre de la Défense Donald H. Rumsfeld ou à l'*Attorney General* John Ashcroft (57). Ainsi, et il s'agit là de l'un des sujets d'inquiétude soulevés par le décret du Président Bush, aux termes de ce décret, les commissions militaires proposées seraient établies et administrées non par le pouvoir judiciaire, mais par l'exécutif.

Cependant, la « structure » envisagée des commissions militaires semble évoluer (58). En effet, en réponse aux vives critiques que le décret du 13 novembre suscita, l'Administration Bush émit un certain nombre de règles pour la conduite des tribunaux militaires à l'encontre des prisonniers de la guerre en Afghanistan. Les règles plus récemment établies prévoient qu'une peine de mort sera décidée à l'unanimité, que la presse pourra couvrir la plupart des débats, que les accusés auront droit à des avocats de l'armée et qu'ils pourront engager un avocat civil à leurs propres frais ; est également prévu que les suspects seront présumés innocents et qu'ils pourront prendre connaissance des preuves présentées contre eux ; en outre, ces règles requièrent des critères de preuve plus rigoureux (59).

L'Administration annonça également qu'elle pourrait avoir recours à un pouvoir présidentiel rarement invoqué, afin de nommer des personnes civiles comme officiers de l'armée de façon temporaire, pour qu'elles servent en tant que juge faisant partie d'une commission ou d'un jury qui tiendrait lieu de cour d'appel. La commission, nommée par le Secrétaire à la Défense, serait constituée de trois membres, dont un devrait avoir une certaine expérience en tant que juge dans un tribunal civil ou militaire. Si l'un des juges est un civil, le Président le nommerait officier de l'armée de façon temporaire. Le pouvoir en question est prévu en état d'urgence. Le Président a le pouvoir de nommer des civils comme officiers de l'armée, jusqu'au grade de commandant (*major general*) pour une durée maximum de deux ans (60). Le Président Bush a le dernier mot pour ce qui est de ce genre de cas, mais les critiques s'inquiètent du fait qu'il avait déjà qualifié les prisonniers qui devaient être passés en jugement de « tueurs » ou meurtriers (*killers*) : « ils ne

(55) Elisabeth BUMILLER/Steven Lee MYERS, « A Nation Challenged : The Presidential Order », *op. cit.*

(56) *Eod. loc.*

(57) E. BUMILLER/S. L. MYERS, « A Nation Challenged », *op. cit.*

(58) Cf. William SAFIRE, « Military Tribunals Modified », *The New York Times*, 21 mars 2002, Sect. A, p. 37, col. 1.

(59) Katharine SEELYE, « Government Sets Rules for Military on War Tribunals », *The New York Times*, 21 mars 2002.

(60) *Eod. loc.*

partagent pas les mêmes valeurs que nous », avait déclaré le Président (61). L'objet de telles nominations, aux dires de personnalités officielles, est de garder le processus entièrement entre les mains du pouvoir militaire. L'Administration Bush tient, aux dires de ces mêmes personnes, à veiller à ce qu'aucune partie du procès ne vienne entre les mains de tribunaux civils (62).

Il reste que l'Administration Bush doit décider d'un certain nombre de questions, dont notamment le lieu où se tiendraient ces tribunaux, quand ils seraient mis en œuvre et qui serait soumis à leur jugement. Les personnalités officielles indiquèrent que les procès devant de tels tribunaux ne commenceraient pas avant plusieurs mois en raison du fait que les enquêteurs étaient toujours en train de passer au peigne fin les preuves obtenues sur les champs de bataille et se heurtaient à un mur face à des prisonniers qui refusaient de parler (63). Un certain nombre de responsables de l'Administration Bush affirmèrent que les tribunaux pourraient se tenir à Guantanamo Bay à Cuba, où ils seraient protégés de la juridiction des tribunaux fédéraux américains. Au sein de l'Administration Bush, se tinrent d'intenses débats quant aux règles devant s'appliquer aux centaines de prisonniers détenus à Guantanamo et en Afghanistan. Le ministre de la Défense Donald H. Rumsfeld avait indiqué qu'ils pourraient être détenus indéfiniment ou retournés à leurs pays d'origine, si les États-Unis recevaient l'assurance qu'ils seraient punis (64).

Entre-temps, le *Courrier international*, dans des extraits d'*El Pais*, parle de « *trou noir* » à Guantanamo où, sur la base américaine de l'île de Cuba, 598 « *combattants ennemis* », détenus depuis neuf mois, restent dans un « *no man's land juridique* ». Evoquant un « *flou juridique* » en vertu duquel les détenus ne sont accusés de rien, mais sont gardés indéfiniment, sans avoir droit à un avocat et sans que leur famille ait le droit de leur rendre visite, l'article rapporte que les prisonniers se sont vu prélever des échantillons d'ADN pour la constitution d'une banque de données qui viendra s'ajouter à une autre base de mesures biométriques. Rapportant l'analyse d'*El Pais*, le *Courrier international* observe que « *du point de vue juridique, la base de Guantanamo Bay n'appartient à personne. Les droits constitutionnels américains n'atteignent pas ce morceau de Cuba que Washington loue 4 085 dollars par an depuis 1934, à titre perpétuel* » (65).

L'Administration avait refusé la requête de l'American Bar Association et du National Institute of Military Justice de prévoir un laps de temps pour

(61) *Eod. loc.* De plus, les commissions d'appel ne présentaient pas assez d'indépendance vis-à-vis du Président, étant donné que les officiers se situent dans la chaîne de commandement militaire, avec le Président comme Commandant en chef.

(62) *Eod. loc.*

(63) Katharine SEELYE, « Government Sets Rules for Military on War Tribunals », *op. cit.*

(64) *Eod. loc.*

(65) Rosa TOWNSEND, « 'Trou noir' à Guantanamo », *Courrier international*, n° 618, 5.6/11 septembre 2002, p. 19.

les commentaires (*comment period*) au sujet des règles relatives aux commissions militaires, invoquant « *le besoin d'agir de façon décisive et expéditive dans la guerre en cours contre le terrorisme* » (66). En particulier, l'absence de procédures d'appel indépendantes a suscité un courant de critiques continues de la part des groupes de défense de droits de l'homme. Amnesty International affirma ainsi que l'absence d'appel donnait à l'exécutif un pouvoir discrétionnaire illimité pour décider qui serait poursuivi en justice et aux termes de quelles procédures et pour passer en revue les condamnations et les peines (67). Les règles de procédure prévoient également que les trois à sept membres de chaque commission militaire seraient nommés par une autorité sélectionnée par le ministre de la Défense (sept pour toute commission qui connaîtrait un cas impliquant une peine de mort). Les procureurs proviendraient des rangs du Département de la Justice (avocats ou avocats généraux) et les suspects seraient autorisés à remplacer leur avocat militaire par un autre avocat militaire ou un avocat civil, à condition que celui-ci soit un citoyen américain et qu'il soit habilité à recevoir des informations secrètes. Lorsque des informations classées secrètes sont présentées, l'avocat civil peut être exclu, mais un avocat militaire de la défense sera présent à tout moment. Le pouvoir militaire pourrait créer une liste d'avocats civils qualifiés. Les crimes dont les suspects pourraient être accusés sont des crimes de guerre, ainsi que ceux d'assistance à l'ennemi ou d'espionnage. Les accusés pourraient présenter des preuves au cours du procès et interroger, de leur côté, les témoins à charge. La condamnation nécessite un vote des deux tiers, la peine de mort requiert l'unanimité (68).

TRIBUNAUX MILITAIRES ET AUTRES JURIDICTIONS

Un certain nombre d'arguments furent mis en avant, arguant de la sagesse de faire juger les personnes soupçonnées de liens avec les événements du 11 septembre 2001 autrement que par des tribunaux militaires d'exception. Fut notamment suggérée – outre les tribunaux fédéraux américains – (69), la Cour pénale internationale permanente : cependant, celle-ci, lorsqu'elle sera opérationnelle, ne pourra s'occuper des événements du 11 septembre, ces derniers n'ayant pas de portée rétroactive; elle ne pourra connaître que des crimes postérieurs à son entrée en vigueur (70). Par ailleurs, la question de savoir si les événements du 11 septembre seraient sus-

(66) Katharine SEELYE, « Government Sets Rules for Military on War Tribunals », *op. cit.*

(67) *Eod. loc.*

(68) Katharine SEELYE, « Government Sets Rules for Military on War Tribunals ». Cf. aussi Ronald DWORKIN, « The Trouble with the Tribunals », *The New York Review of Books*, 25 avril 2002; Katharine Q. SEELYE, « Pentagon Says Acquittals May Not Free Detainees », *The New York Times*, 22 mars 2002, A 13.

(69) Cf. Harold Hongju KOH, « We Have the Right Courts for Bin Laden », *The New York Times*, 23 novembre 2001, sect. A, p. 39, col. 1; James ORENSTEIN, « Rooting Out Terrorists Just Became Harder », *The New York Times*, 6 décembre 2001, sect. A, p. 35, col. 2.

(70) Rome Statute for an International Criminal Court, 17 juillet 1998.

ceptibles de jugement par un tel tribunal est sujette à interprétation : l'*International Criminal Court* a été instituée pour juger les coupables de génocides, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ; le terrorisme en tant que tel ne fait donc pas partie des crimes que la Cour pénale internationale aura vocation à juger (71). Plusieurs des pays qui ont soutenu la guerre des Etats-Unis contre le terrorisme considèrent ce tribunal comme le forum approprié dans lequel les crimes de guerre doivent être adressés et s'inquiètent de ce que les Etats-Unis pourraient tenter de saper le tribunal (72). On évoqua également la possibilité d'un tribunal *ad hoc*, similaire au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie créé en 1993 par le Conseil de sécurité de l'ONU et celui établi un an plus tard pour les responsables des massacres au Rwanda. Soutenant un forum international pour le jugement des détenus, Leila Sadat, professeur de Droit à l'Université américaine de Washington DC, affirme que les commissions militaires proposées par le Président « ne feraient que nous isoler du reste du monde, renforçant les arguments de ceux qui soutiennent que les Américains croient uniquement en une justice de vainqueurs, plutôt qu'en une justice universelle » (73).

Du côté des alliés européens, des propositions furent mises en avant par nombre de gouvernements pour considérer le jugement de membres du réseau Al Qaïda par un tribunal international, tel que le tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie à La Haye, arguant qu'un tel tribunal aurait un effet bénéfique pour l'image et la crédibilité de l'Occident au sein des pays musulmans (74). Les Européens avaient espéré que les Etats-Unis abandonneraient l'unilatéralisme dont ils avaient fait preuve jusque-là, mais ils devaient être déçus dans leurs attentes. Ceci est particulièrement apparent dans les divergences de points de vue entre l'Europe et les Etats-Unis au sujet des tribunaux militaires et de la Cour pénale internationale, laquelle devient un sujet de controverse entre les Etats-Unis et l'Europe (75). Certes, les Américains ont été frappés chez eux, en plein cœur de l'Amérique ; bon nombre d'entre eux, pour ne pas dire la plupart, considèrent qu'il s'agit là d'une affaire qui les concerne. Cependant, arguant du fait que les attentats du 11 septembre 2001 représentent des actes de terrorisme internationaux, une agression contre l'humanité tout entière et rappelant qu'un nombre exceptionnel de pays ont perdu des citoyens dans ces attaques, des voix

(71) Cf. par exemple les commentaires d'Antonio Cassese, ancien président du Tribunal pénal international de La Haye et de Françoise Bouchet Saulnier, responsable juridique de Médecins sans frontière. Cf. *Le Monde*, dossier « Attentats terroristes aux Etats-Unis », sur le site Internet <http://www.droitshumains.org/attacks/fen-h02-3.htm> Cf. aussi Leila SADAT, « International Court Should Try Defendants », *St. Louis Post Dispatch*, 18 novembre 2001 ; Judy DEMPSEY, « Europeans Dismayed by the US Go-It-Alone Approach to Justice », *The Financial Times*, 14 décembre 2001, p. 8.

(72) Elizabeth A. NEUFFER, « US to Back Out of World Court Plan Envoy : Bush Team May 'Unsign' Treaty », *The Boston Globe*, 29 mars 2002, A 22.

(73) Leila SADAT, « International Court Should Try Defendants », *op. cit.* Cf. aussi « How To Try a Terrorist », *The New York Times*, 29 décembre 2001, Sect. A, p. 32, Col. 1.

(74) Tom BALDWIN, « EU Considers Tribunals For Terrorism Suspects », *The Times*, 30 octobre 2001, p. 6.

(75) Judy DEMPSEY, « Europeans Dismayed by US Go-It-Alone Approach to Justice », *op. cit.*

s'élèvent pour affirmer que si la communauté internationale s'est mobilisée contre le terrorisme, il conviendrait que la communauté des nations soit également impliquée dans le processus judiciaire adopté dans le jugement de responsables potentiels de ces attaques; il est également raisonnable de penser que les extraditions seraient susceptibles de se faire plus volontiers lorsque les accusés doivent être jugés par un tribunal international reflétant la collaboration de la communauté des nations que lorsqu'une personne est livrée à la seule justice américaine (76). Les procès devant de tribunaux militaires risquent d'être perçus comme « *une violation de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950* », affirme Guy de Vel. Le désir de l'Union européenne de faire preuve de solidarité vis-à-vis des Etats-Unis dans la guerre contre le terrorisme pourrait se heurter aux problèmes posés par les droits de l'homme et le rejet, par l'Europe, de la peine de mort. Le gouvernement espagnol avait affirmé, à cet égard, qu'il ne consentirait pas à des extraditions de suspects d'Al Qaïda, à moins de recevoir des garanties de ce qu'ils ne seraient pas soumis à des peines de mort ou à des tribunaux militaires (77). Dans les 43 Etats-membres du Conseil de l'Europe, tout ordre d'extradition peut faire l'objet d'appel à la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg (78).

On invoque aussi l'argument selon lequel le fait, pour les Américains, de juger Al Qaïda aux Etats-Unis serait un désastre pour les relations du monde occidental avec les pays musulmans. Anne Marie Slaughter exprime cette position en ces termes : « *imaginons de quoi ça a l'air pour le reste du monde : Timmothy McVeigh tua 168 de ses propres concitoyens. Et pourtant, il eut droit à toutes les protections et garanties constitutionnelles d'un procès criminel fédéral – tenu aux Etats-Unis, et ouvert au public. Maintenant, lorsque les accusés sont des étrangers, dont la plupart sont des musulmans, l'administration de la justice serait laissée à un tribunal militaire ad hoc, opérant sous le sceau du secret* » (79). Slaughter affirme ainsi qu'aussi « *tentants et opportuns ou expédients qu'ils puissent être, les tribunaux militaires s'avèreraient un désastre pour la guerre contre le terrorisme, pour la Constitution et pour l'Etat de droit. Si la guerre des relations publiques est aussi importante que la guerre militaire, ainsi que nos alliés et l'Administration Bush l'affirment, de tels tribunaux donneraient à nos ennemis une énorme victoire. Un procès où les preuves de culpabilité des personnes accusées de terrorisme seraient présentées en secret ne convaincrerait personne et ne ferait que fortifier la propagande du réseau Al Qaïda, de même que les exécutions de terroristes qui seraient condamnés par de telles commissions aboutiraient à créer une nouvelle généra-*

(76) Paul GEITNER, « Bush Plan for Military Tribunals Complicates Efforts to Extradite Suspects from Europe », *The Associated Press*, 27 novembre 2001. Cf. aussi « A Trial Too Big for the US? », *Los Angeles Times*, 26 octobre 2001, Part A, Part 1, p. 1.

(77) *Eod. loc.*

(78) *Eod. loc.* Cf. aussi « Trying Al Qaeda : US v. Europe », *The Christian Science Monitor*, 14 décembre 2001, p. 1.

(79) Anne Marie SLAUGHTER, « Al Qaeda Should be Tried Before the World », *op. cit.*

tion de martyrs » (80). Il est important, dit-elle, que la dimension criminelle l'emporte sur celle de martyr. Par ailleurs, il serait politiquement plus facile pour des pays tels que le Pakistan, l'Égypte ou la Jordanie d'extrader des personnes accusées de terrorisme à un tribunal international, que de les livrer en vue d'être jugées par un tribunal secret administré par le pouvoir militaire américain. Enfin, le fait de traiter des actes terroristes comme des actes de guerre risque de prêter une certaine légitimité à ces actions, en les élevant au statut d'acteurs légitimes ou de combattants légaux. Aussi, le professeur Slaughter est-elle d'avis que les États-Unis devraient poursuivre les personnes accusées de terrorisme devant un tribunal international « *before the world* » (81).

Bien que le Président Bush ait recommandé au Congrès de ne pas ratifier les plans pour une cour pénale internationale, certaines personnalités britanniques sont d'avis qu'il serait bien plus difficile pour les Américains de s'opposer à un tribunal temporaire établi pour traiter des affaires relatives au terrorisme (82). Quelque 70 parlementaires en Grande-Bretagne ont signé une motion appelant à la création d'un tribunal international qui inclurait des juges musulmans, opérant sous la juridiction du Conseil de sécurité des Nations Unies (83).

LAWFUL ET UNLAWFUL COMBATANTS

L'une des questions majeures soulevées par le décret a trait au statut des personnes qui seraient soupçonnées d'implication dans le terrorisme international et les événements du 11 septembre. Les personnes arrêtées en tant que suspects au lendemain de ces événements tragiques sont en effet susceptibles de comparaître devant des commissions militaires. Cela pourrait également être le cas pour les membres du réseau Al Qaïda capturés par les forces américaines ou leurs alliés au cours du conflit en Afghanistan.

Si les personnes arrêtées sont considérées comme étant des combattants ou soldats réguliers, elles devraient être soumises au droit de Genève ; si elles se voient reconnaître le statut de prisonnier de guerre, elles ne devraient pas faire l'objet d'un procès. Ces personnes seraient tenues de décliner leur identité, leur grade et leur matricule ; elles pourraient revendiquer le droit de

(80) *Eod. loc.*

(81) *Eod. loc.* Il conviendrait, propose-t-elle, d'envisager un tribunal *ad hoc* présidé à la fois par un juge de la Cour suprême et un éminent juriste musulman du même rang, ce qui contribuerait à convaincre le monde qu'il s'agit bien de protéger des valeurs mondiales et non pas de projeter en avant le pouvoir des États-Unis. Cela serait aussi particulièrement important pour beaucoup de musulmans et les gouvernements de pays musulmans seraient plus à même de remettre des personnes soupçonnées de terrorisme à un tribunal international qui inclut des juges de confession musulmane. Cf. A. M. SLAUGHTER, « Terrorism and Justice : An International Tribunal Comprising US and Islamic Judiciary Should Be Set Up to Try Terrorists », *op. cit.*.

(82) Tom BALDWIN, « EU Considers Tribunals for Terrorism Suspects », *op. cit.*

(83) *Eod. loc.*

garder le silence, mais aussi le droit d'être libérées lorsque la « guerre » prend fin (84). Si ces personnes sont considérées comme des criminels de lieu commun (*common criminals*), elles devraient être jugées par des tribunaux fédéraux, avec toutes les garanties constitutionnelles qui ont cours dans ce cas (85). En revanche, si ces individus peuvent être considérés comme des « combattants illégitimes », ils pourraient être soumis au jugement de commissions militaires, aux termes d'une distinction qui fut notamment mise en avant par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire des saboteurs nazis en 1942 (86).

Ainsi, l'une des questions essentielles qui furent soulevées à ce sujet est celle qui consiste à savoir si les actes du 11 septembre 2001 peuvent être considérés comme des « actes de guerre ». La loi de la guerre (*law of war*) ne s'applique qu'aux actions qui font partie d'un « conflit armé » plus large. Or, les actions terroristes ne sont pas considérées comme des actes de guerre, à moins qu'elles ne fassent partie d'une campagne plus étendue de violence dirigée contre l'Etat (87). En raison du fait que le réseau qui est soupçonné d'être responsable des événements du 11 septembre n'est pas un acteur étatique et que ses membres ne sont pas des soldats en uniformes d'une armée étatique, il est difficile de situer leurs activités au sein de la rubrique de loi internationale de la guerre (« *there are conceptual difficulties in fitting their activities into the rubric of the international law of war* », affirme Jennifer Elsea, spécialiste de droit américain à la Library of Congress (88)).

Examinons la façon dont J. Elsea analyse la situation. Pour elle, le présent conflit ne correspond pas de façon claire aux définitions de conflits armés internes ou externes : les attaques qui eurent lieu à New York, en Pennsylvanie, et au Pentagone ne semblent pas faire partie d'un effort visant à prendre le contrôle du territoire américain ou à installer un nouveau gouvernement et il n'est pas non plus certain qu'ils aient été entrepris sous la direction d'un autre Etat. Cependant, le degré de sophistication de l'organisation et de l'exécution jugé nécessaire afin de mener à bien de telles attaques suggère qu'elles ont été conduites par les membres organisés d'une force quasi militaire ; on peut soutenir que les objectifs politiques et idéologiques qui sont censés avoir motivé les attaques terroristes les distinguent d'actes criminels ordinaires de violence. L'ampleur des dégâts, associée avec

(84) William SAFIRE, « Colin Powell Dissents », *New York Times*, 28 janvier 2002, A 15.

(85) Du point de vue de l'Administration Bush, des procès de ce genre risqueraient de se prolonger, mais aussi de mettre en danger certaines informations sensibles, d'exposer les membres potentiels de jurys, de donner lieu à des cirques médiatiques (on cite à cet égard la publicité qui entourait le procès Simpson aux Etats-Unis) et, surtout, étant donné les critères rigoureux d'admission de preuve dans les tribunaux fédéraux, d'exclure des informations fondamentales et essentielles à l'inculpation d'accusés, au motif par exemple qu'elles n'ont pas été obtenues de façon tout à fait « légitime » aux termes de l'*exclusionary rule* ou encore au motif qu'elles ne constituent pas de preuve *beyond any reasonable doubt* (au-delà de tout doute raisonnable).

(86) *Ex parte Quirin*, 317 US 1.

(87) Jennifer ELSEA, CRS Report, *op. cit.*, p. 10.

(88) *Ibid. loc.*, p. 11.

la menace d'attaques supplémentaires semble être considérée comme suffisante pour justifier un droit d'autodéfense non seulement du point de vue des Etats-Unis, mais également de celui de bien d'autres pays et des Nations Unies. Si les attaques sont perçues comme étant le premier volet qui donna lieu aux réponses militaires des Etats-Unis en Afghanistan et si les réactions des autres nations sont prises en compte, alors il est possible de dire qu'un conflit armé réel existe bel et bien (89).

Evidemment, les avis et les opinions juridiques sont partagés : là où certains voient dans la *Joint Resolution* du Congrès (90) une autorisation implicite au Président pour établir de tels tribunaux (91), d'autres affirment que c'est là une interprétation non valable, le Congrès ayant pris soin d'éviter le recours au terme « guerre » dans la préparation de ladite résolution (92).

Etant donné que les Conventions de Genève définissent la manière dont les soldats réguliers peuvent être traités, on peut penser que l'ordre du Président Bush ne s'appliquerait qu'à une catégorie bien déterminée de combattants, les *unlawful combatants*, en dépit de l'absence de langage exprès en ce sens dans le décret lui-même. La question de l'application ou non des Conventions ou du droit de Genève fut à l'origine d'une dissension au sein de l'Administration Bush (93). Il s'agit là d'une distinction particulièrement importante pour le statut des personnes qui viendraient à être jugées responsables des attentats du 11 septembre. La distinction entre « *lawful* » et « *unlawful combatant* » fut clairement établie par la Cour suprême des Etats-Unis dans la décision *Ex parte Quirin* qu'elle rendit dans l'affaire des huit saboteurs nazis en 1942 – cette même décision qui est citée à l'appui de l'ordre militaire, comme apportant le précédent le plus approprié pour l'établissement de commissions militaires par le Président américain.

De par un accord et une pratique universelle, la loi de la guerre fait une distinction entre les forces armées et les populations pacifiques de nations en guerre, de même qu'elle distingue entre combattants légitimes et combattants illégitimes. Les combattants légitimes peuvent faire l'objet de capture et de détention en tant que prisonniers de guerre, par des forces militaires

(89) *Eod. loc.*, pp. 12-13.

(90) « Joint Resolution To Authorize the Use of United States Armed Forces Against Those Responsible for the Recent Attacks Launched Against the United States », *Public Law*, n° 107-40, 115 Stat. 224, 18 septembre 2001.

(91) John DEAN, « The Critics are Wrong : Why President Bush's Decision to Bring Foreign Terrorists to Justice Before Military Tribunals Should Not Offend Civil Libertarians », *Findlaw's Legal Commentaries*, sur le site Internet <http://writ.news.findlaw.com/dean/20011207.html>.

(92) TRIBE/KETVAL, « Waging War », *op. cit.*, p. 1285.

(93) Dans un premier temps, les Etats-Unis ont totalement refusé d'appliquer le droit de Genève aux prisonniers capturés en Afghanistan. Revenu sur sa décision le 6 février, le gouvernement américain a estimé toutefois nécessaire de distinguer, d'une part, les détenus qui ont combattu pour la défense du régime taliban et, d'autre part, les membres d'Al Qaïda. Aux seuls détenus talibans devrait s'appliquer le droit de Genève : la Maison-Blanche soutient en effet que si l'Afghanistan est bien un Etat partie aux Conventions de Genève, il n'en est pas de même du réseau Al Qaïda. Cf. « Attentats terroristes aux Etats-Unis », sur le site Internet <http://www.droitshumains.org/attacks/h02.htm>. « La logique qui sous-tend cette approche consiste à considérer les personnes soupçonnées de terrorisme comme des ennemis employant des moyens déloyaux, à l'égal des espions, des agents de propagande ou des saboteurs », *eod. loc.*

ennemies. Les combattants illégitimes sont également sujets à capture et à détention, mais ils sont en plus sujets au jugement et condamnation par des tribunaux militaires pour les actions qui rendent illégal leur statut de belligérant (94).

La Cour continue en ces termes : un espion qui traverse les lignes militaires d'un belligérant en temps de guerre, dans le but de rassembler des informations militaires et de les communiquer à l'ennemi, ou un ennemi combattant qui, sans uniforme, arrive en secret à travers les lignes dans le but de faire la guerre en portant atteinte à la vie et à la propriété, sont des exemples familiers de belligérants qui ne sont généralement pas considérés comme ayant droit au statut de prisonniers de guerre, mais sont plutôt des contrevenants à la loi de la guerre soumis au jugement et sanctions de tribunaux militaires (95). Et de rappeler que telle était la pratique des autorités militaires américaines avant l'adoption de la Constitution et durant la guerre avec le Mexique et la guerre civile. Les scouts ou les soldats, s'ils sont déguisés dans le vêtement du pays ou l'uniforme de l'armée qui leur sont hostiles, employés dans l'obtention d'information, s'ils sont pris derrière les lignes ennemies ou rôdant dans les alentours de ces lignes, sont traités comme des espions et encourrent la peine de mort. « *Les rôdeurs armés, quel que soit le nom par lequel ils sont désignés, ou les personnes provenant de territoires ennemis qui se faufilent derrière les lignes de l'armée opposée avec l'intention de voler, tuer, ou détruire les ponts, les routes, les canaux ou de voler ou détruire le courrier ou de couper les lignes télégraphiques n'ont pas droit au privilège de prisonniers de guerre* » (96). La Cour rappela également que les règles de guerre promulguées par le *War Department (Rules of Land Warfare promulgated by the War Department)* divisent la population ennemie entre « forces armées » et « population civile pacifique » et considèrent comme signe distinctif des combattants légitimes le fait qu'ils « portent ouvertement les armes » et ont « un emblème ou signe distinctif fixe ». Aux termes de ces règles, « une personne qui porte les armes et perpètre des actes hostiles » sans avoir les moyens d'identifications prescrits pour les belligérants est susceptible de sanctions en tant que « criminel de guerre »; et les hommes ou les groupes d'individus qui, sans être des combattants légitimes, commettent néanmoins des actes hostiles de toute sorte, n'ont pas droit aux privilèges de prisonniers de guerre lorsqu'ils sont capturés et peuvent être jugés par une commission militaire et punis par la peine de mort ou une sanction plus légère (97).

La Cour indiqua en outre : « *notre gouvernement, en définissant ainsi les belligérants légitimes qui ont droit à être traités comme des prisonniers de guerre,*

(94) 317 US 1, 30-31 (1942). Cnqs.

(95) *Eod. loc.*, p. 31.

(96) *Eod. loc.*, pp. 32-33.

(97) *Eod. loc.*, p. 34.

a reconnu qu'il existe une classe de belligérants illégitimes qui n'ont pas droit à ce privilège, y compris ceux qui, bien qu'ils soient des combattants, ne portent pas 'un emblème fixe distinctif'. » Et, avec l'article 15 des articles de la guerre (*Articles of War*), le Congrès a prévu une clause pour qu'ils soient jugés et punis par une commission militaire, en conformité avec la loi de la guerre (*according to the law of war*) (98).

De par une longue tradition d'interprétation administrative pratique de ses pouvoirs militaires, notre gouvernement a également reconnu que ceux qui, en temps de guerre, se faufilent de façon clandestine du territoire ennemi dans nos propres territoires, laissant de côté leurs uniformes au moment de leur arrivée dans le but de commettre des actes hostiles impliquant la vie ou la propriété ont le statut de combattants illégitimes et sont susceptibles d'être sanctionnés en tant que tels par une commission militaire. Ce précepte de la loi de la guerre a été reconnu en pratique à la fois ici et à l'étranger et a été si largement reconnu comme valide par des autorités en matière de droit international que nous pensons qu'il doit être regardé comme une règle ou un principe de la loi de la guerre reconnu par ce gouvernement de par sa promulgation de l'article de la guerre (99).

C'est cette même distinction que le vice-Président Cheney invoqua lorsqu'il entreprit de défendre le décret du Président Bush, affirmant que les terroristes n'étaient pas des « combattants légitimes » et qu'ils ne méritaient donc pas la protection des lois américaines (100). « *La proposition fondamentale à cet égard* », dit-il, « *c'est que quelqu'un qui est venu aux Etats-Unis de façon illégale et qui a perpétré une action terroriste tuant ainsi des milliers d'Américains innocents – hommes, femmes et enfants – n'est pas un combattant légitime [is not a lawful combatant]* ». « *Ils ne méritent pas d'être traités comme prisonniers de guerre* », ajouta-t-il. « *Ils ne méritent pas les mêmes protections ni les mêmes garanties qui seraient assurées à un citoyen américain qui serait jugé par le processus judiciaire ordinaire* » (101). Assurant à son audience que les personnes soupçonnées de terrorisme auraient droit à un procès équitable, il affirma cependant que ces derniers ne méritaient pas les mêmes protections auxquelles avaient droit les citoyens américains. « *Un tribunal militaire garantit que nous aurons pour ces individus le genre de traitement que nous pensons qu'ils méritent* » (102).

De même, Alberto Gonzales, conseiller du Président Bush, affirma que l'ordre ne s'appliquerait pas aux captifs parce que ceux-ci n'étaient pas des soldats conventionnels mais « *des terroristes opérant en dehors de normes inter-*

(98) *Eod. loc.*, p. 35.

(99) *Eod. loc.*, pp. 35-36.

(100) Elisabeth BUMILLER/Steven Lee MYERS, « A Nation Challenged : The Presidential Order; Senior Administration Officials Defend Military Tribunals for Terrorist Suspects », *New York Times*, 15 novembre 2001, Sect. B, p. 6, col. 4.

(101) Elisabeth BUMILLER/Steven Lee MYERS, « A Nation Challenged : The Presidential Order », *op. cit.*

(102) *Eod. loc.*

nationales reconnues ». Gonzales s'était d'abord référé aux détenus comme étant des *enemy aliens*, puis, s'étant fait rappeler que ces derniers seraient soumis au droit de Genève, il se reprit pour parler de « *unlawful combatants* » (103).

Reflétant une dissension au sein de l'administration, le vice-Président Cheney et le Secrétaire à la Défense Donald H. Rumsfeld annoncèrent que les prisonniers en Afghanistan et à Guantanamo Bay, à Cuba, ne seraient pas désignés comme étant des prisonniers de guerre, quelle que soit la décision de l'administration en réponse à la requête du *Secretary of State*, Colin L. Powell pour un examen de la façon dont les Conventions de Genève pourraient s'appliquer aux prisonniers. Le vice-Président Cheney affirma à cet égard que la question était de savoir si ces prisonniers seraient traités dans les confins de la Convention de Genève ou en dehors des termes de la Convention (104). Indiquant qu'il préférerait cette dernière option, celle-ci permettant une plus grande flexibilité au cours des interrogatoires, il affirma : « *il est une approche qui consiste à dire que la Convention de Genève ne s'applique pas aux attaques terroristes... Elle fut adoptée afin de traiter de guerres contre des Etats souverains. Elle a des clauses qui traitent de guerre civile. Mais lorsque nous sommes en présence d'acteurs non étatiques qui entreprennent de tuer des innocents, ceci soulève de sérieuses questions quant à savoir si la Convention de Genève devrait s'appliquer* » (105).

Rumsfeld affirma aux journalistes qui l'accompagnaient dans son voyage à Guantanamo qu'il n'y avait pas d'ambiguïté dans cette affaire : « *les prisonniers retenus à Guantanamo ne sont pas des prisonniers de guerre... Ce sont les pires éléments d'un très mauvais contingent de détenus. Ils sont très dangereux. Ils sont dévoués à tuer des millions d'Américains, des Américains innocents, s'ils sont en mesure de le faire, et sont parfaitement prêts à mourir en ce faisant* ». Et d'ajouter : « *il est une catégorie aux termes de la Convention de Genève qui a trait aux combattants illégitimes et une ligne de pensée consiste à dire qu'ils devraient être traités aux termes de la Convention de Genève comme unlawful combatants. Une autre ligne de pensée affirme que la Convention de Genève ne s'applique pas aux actes terroristes* ». Le vice-Président affirma que ces prisonniers seraient traités de façon humaine, « *mais ne se verraient pas reconnaître, par exemple, le traitement qui fut reconnu aux Iraquiens pendant la guerre du Golfe. Un prisonnier de guerre, par exemple, doit uniquement divulguer son nom, son rang, et son matricule* » (106); « *mais ces détenus pour-*

(103) Cf. George P. FLETCHER, « Bush's Military Tribunals Haven't Got a Legal Leg to Stand On », *The American Prospect Magazine*, janvier 2002.

(104) Cf. William SAFIRE, « Colin Powell Dissents », *op. cit.*; Katharine Q. SEELYE, « Detainees Are Not POW's Cheney and Rumsfeld Declare », *New York Times*, 28 janvier 2002, A6. Cf. *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, adoptée le 12 août 1949, articles 4-5, 6 UST 3317, 3320-22, 75 UNTS 134, 138-142 et *Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949*.

(105) Cf. William SAFIRE, « Colin Powell Dissents », *op. cit.*; Katharine Q. SEELYE, « Detainees Are Not POW's Cheney and Rumsfeld Declare », *op. cit.*

(106) *Eod. loc.*

raient bien détenir des informations au sujet de futures attaques terroristes contre les Etats-Unis. Nous avons besoin de ces informations. Nous devons être capables de les interroger et de leur extraire toute information qu'ils pourraient avoir » (107), soutient Cheney.

Colin Powell considère quant à lui que chaque cas doit être décidé séparément par un jugement sur le fond par des commissions militaires, afin de déterminer si le statut de prisonnier de guerre peut être accordé à certains détenus. Ceci reviendrait à transformer une politique générale de l'exécutif en une série de décisions judiciaires individuelles, faites sur place, un processus auquel s'opposent le ministère de la Défense, le FBI et la CIA. La décision est en effet significative. Pour reprendre les termes de William Safire dans un éditorial du *New York Times*, il s'agit de décider si les détenus sont « *des soldats talibans ayant certains droits, des criminels de guerre bénéficiant d'un peu moins de droits ou des terroristes n'ayant pratiquement pas de droits – et à qui revient la décision de savoir quel détenu appartient à quelle catégorie* » (108).

Le Président Bush lui-même affirma que les « *personnes qui ne sont pas citoyens des Etats-Unis, qui planifient ou qui commettent des meurtres de masses, sont plus que des criminels suspects. Ce sont des combattants illégitimes qui cherchent à détruire notre pays et notre mode de vie. Et si je détermine qu'il est dans l'intérêt de notre pays de faire passer en jugement devant des commissions militaires ceux qui font la guerre aux Etats-Unis, nous le ferons* » (109). Le Président Bush affirma également que les commissions militaires étaient les produits corollaires de l'implication des Etats-Unis dans une guerre : « *l'ennemi nous a déclaré la guerre et nous ne devons pas laisser des ennemis étrangers utiliser nos forums de liberté pour détruire la liberté elle-même* » (110).

Ainsi, à la question de savoir si les détenus devraient bénéficier des mêmes garanties qu'un Américain, bien qu'il s'agisse d'étrangers hostiles aux Etats-Unis, les défenseurs des droits de l'homme et des droits civiques répondent par l'affirmative, alors que la Maison-Blanche et le Pentagone soutiennent que non. Le porte-parole de la Maison-Blanche Ari Fleisher déclare : « *c'est un nouveau type de guerre, qui suppose un nouveau système de détention et donc une adaptation de la convention de Genève* » (111). La distinction entre citoyens et non-citoyens fut cependant l'objet de critique aux termes de l'*equal protection clause* de la Constitution américaine (112).

(107) *Eod. loc.*

(108) Cf. William SAFIRE, « Colin Powell Dissents », *op. cit.*

(109) « Bush Speaks of Security to a Group of US Attorneys » : *New York Times*, 30 novembre 2001, B.7.

(110) David E. SANGER, « A Nation Challenged : Civil Liberties ; President Defends Military Tribunals in Terrorist Cases », *The New York Times*, 30 novembre 2001, Sect. A, p. 1, col. 6 ; « Bush Speaks of Security... », *op. cit.*

(111) Rosa TOWNSEND, « 'Trou noir' à Guantanamo », *op. cit.*

(112) Cf. TRIBE/KETVAL, « Waging War... », *op. cit.* Cf. aussi « Justice Deformed ; War and the Constitution », *The New York Times*, 2 décembre 2001, sect. 4, p. 14, col. 1.

La démarcation entre *lawful* et *unlawful combatants* constitue l'un des arguments importants au cœur du débat sur la validité des commissions militaires. Ainsi, l'une des raisons avancées pour rejeter le recours aux tribunaux militaires en question est la victoire symbolique importante que de tels procès apporteraient aux terroristes présumés. Plusieurs observateurs ont exprimé une certaine inquiétude de ce que le fait de traiter les actions de terroristes comme des actes de guerre pourrait prêter une certaine légitimité à leurs actions en les faisant apparaître comme un recours légitime à la force et pourrait élever le statut des réseaux terroristes à celui d'acteurs étatiques légitimes et de combattants légaux plutôt que de le laisser au niveau des criminels de lieu commun (113). Aussi le professeur Slaughter affirme-t-elle que ce genre de procès honorerait les terroristes du statut de soldats d'une guerre de religion contre les Etats-Unis : or, « *il s'agit là d'un faux message qu'il ne convient pas d'envoyer* », car en réalité, les membres de réseaux terroristes sont « *des hors-la-loi internationaux, comme les pirates, les marchands d'esclaves ou les tortionnaires* ». Par ailleurs, les critiques sont d'avis que le recours aux commissions militaires est susceptible de porter un coup à l'identité même du peuple américain (114) : « *les commissions militaires ont été très rarement utilisées dans le passé et ce, surtout afin de juger des espions capturés derrière les lignes ennemies. Or, nous les proposons maintenant comme un mécanisme à long terme pour mener à bien notre principale guerre – celle qui consiste à identifier et à juger des terroristes. Mais nous luttons également, d'après le Président Bush, contre un ennemi qui s'attaque à notre mode de vie. Comment pouvons-nous permettre de violer ou de porter atteinte à ces mêmes valeurs que nous cherchons à protéger, au cours de ce processus?* » (115)

PRÉCÉDENTS HISTORIQUES ET CONSIDÉRATIONS D'ORDRE JURIDIQUE

Depuis que le Président Bush a signé son décret du 13 novembre, des précédents historiques furent fréquemment mis en avant, invoqués de part et d'autre. Ainsi, les recours aux décisions de la Cour suprême et aux opinions d'*Attorney Generals* abondent.

Outre la décision « Quirin », qui fut mise en avant par le Président Bush et l'*Attorney General* Ashcroft – décision sur laquelle nous reviendrons par la suite –, les critiques du décret se plaisent à rappeler la fameuse décision de la Cour suprême dans l'affaire « *ex parte Milligan* » (116), décision célèbre

(113) Jennifer ELSEA, *CRS Report, op. cit.*, p. 2. Cf. aussi Lt.-Col. Richard J. ERICKSON, « Legitimate Use of Force Against State-sponsored Terrorism », 1989, pp. 63-65.

(114) SLAUGHTER, « Al Qaeda Should be Tried Before the World », *op. cit.*

(115) *Eod. loc.*

(116) *Ex parte Milligan*, 71 US 2 (1866).

qui, pour reprendre les termes de Charles Warren, fut reconnue depuis si longtemps comme étant « *l'un des piliers des libertés aux Etats-Unis* » (one of the bulwarks of American liberty) (117).

« *Ex parte Milligan* »

La Constitution est-elle différente en temps de guerre de la Constitution en temps de paix ? Il semble que ce soit là l'un des arguments mis en avant en faveur de l'octroi d'un sceau de constitutionnalité aux tribunaux militaires proposés par le Président Bush (118). La réponse que la Cour suprême des Etats-Unis apporta à la question dans l'affaire « *Milligan* » est on ne peut plus claire : la Constitution fut projetée pour un état de guerre comme pour les temps de paix et elle s'impose aux dirigeants et au peuple en tous temps et en toutes circonstances. Ainsi, disent les critiques du décret militaire, la décision de la Cour dans « *Ex parte Milligan* » (119) indique clairement que lorsque les tribunaux civils sont ouverts et en cours de fonctionnement, le recours aux tribunaux militaires afin de juger des délits relevant de tribunaux civils n'est pas valable.

Accusé de conspiration contre l'Union et d'assistance à l'ennemi en temps de rébellion armée – faisant notamment partie d'une société secrète du nom de « *Sons of Liberty* » – et condamné à mort par une commission militaire, Milligan soumit à la Cour suprême une pétition d'*habeas corpus*, mettant en cause la possibilité pour ladite commission de le juger. La Cour suprême, cherchant à déterminer si un tribunal militaire avait le pouvoir de juger et de condamner Milligan, affirma qu'il n'était pas de question qui concernât plus clairement les droits du peuple entier, que celle qui se présentait à elle en l'espèce (120). Ayant accepté la pétition d'*habeas corpus*, la Cour rejeta l'argument selon lequel le *Bill of Rights* était mis en suspens en temps de guerre ou de rébellion et déclara inconstitutionnel le procès par un tribunal militaire, la commission militaire n'ayant pas compétence à juger et condamner Milligan et ses compagnons : « *la loi martiale ne peut jamais exister lorsque les tribunaux sont ouverts et en cours de fonctionnement de façon appropriée, sans obstruction à l'exercice de leur juridiction* ». Et la Cour de continuer, en un langage maintes fois repris depuis : « *la Constitution des Etats-Unis est la loi pour les dirigeants et pour le peuple, en temps de guerre comme en tant de paix, et elle couvre de sa protection tous les hommes, en tous temps et en toutes circonstances. Il n'est pas de doctrine impliquant des conséquences plus pernicieuses que celle qui consiste à dire que l'une quelconque de ces clauses pourrait être suspendue au cours de l'une des grandes urgences ou*

(117) Charles WARREN, *The Supreme Court in United States History*, vol. 2 (seconde éd.), Little, Brown, Boston, pp. 427-428.

(118) « *Government Sets Rules for Military on War Tribunals* », *op. cit.*

(119) *Ex parte Milligan*, 71 US 1 (1866).

(120) 71 US at 118-19. La Cour affirma que la question touchait à la structure même du gouvernement et aux principes fondamentaux de liberté aux Etats-Unis.

situations critiques auxquelles le gouvernement doit faire face. Une telle doctrine aboutirait directement à l'anarchie ou au despotisme, mais la théorie de nécessité sur laquelle elle se fonde est fausse. En effet, le gouvernement, aux termes de la Constitution, s'est vu octroyer tous les pouvoirs qui lui sont nécessaires afin de préserver son existence » (121).

Au nom de la majorité de la Cour, le juge Davis affirma que plusieurs clauses de la Constitution interdisaient le jugement de civils par des commissions militaires, même en temps de guerre, si les tribunaux civils étaient ouverts. Il rejeta l'argument selon lequel le commandant en chef des forces armées pouvait, en temps de guerre, mettre en suspens les droits et libertés civiles, car un tel argument « *détruirait toute garantie offerte aux termes de la Constitution et rendrait en fait le pouvoir militaire indépendant et supérieur au pouvoir civil – or, la tentative de ce faire par le roi de Grande-Bretagne fut jugée par nos Pères fondateurs comme étant un délit tel, qu'ils l'exposèrent au monde comme étant l'une des causes qui les poussa à déclarer leur indépendance » (122).*

Et la Cour mit en cause la juridiction des tribunaux militaires dans ces termes : « *tout procès implique l'exercice d'un pouvoir judiciaire; et de quelle source est-ce que la commission militaire qui a jugé Milligan a-t-elle tiré son autorité? Il est évident qu'aucune partie du pouvoir judiciaire du pays ne lui avait été conférée, parce que la Constitution a expressément dévolu le pouvoir judiciaire 'à une Cour Suprême et à telles cours inférieures que le Congrès pourra, le cas échéant, ordonner et établir' et il n'a pas été prétendu que la commission en question était un tribunal décrété et établi par le Congrès. La Commission ne peut être justifiée de par le mandat du Président, parce qu'il est soumis à la loi et à sa propre sphère de responsabilités, qui consiste à veiller à ce que les lois soient exécutées et non à faire les lois » (123). La Cour dénia que la commission avait autorité aux termes des lois et des usages de la guerre, comme l'affirmait le gouvernement : « *les laws and usages of war ne peuvent jamais s'appliquer aux citoyens dans les Etats où les tribunaux civils sont ouverts et où leur processus n'est pas entravé » (124). Aussi, la Cour conclut-elle que l'une des clauses constitutionnelles les plus claires avait été violée lorsque Milligan avait été jugé par un tribunal qui n'était pas décrété et établi par le Congrès (125); le Président seul ne pouvait pas créer un tel tribunal, de façon unilatérale.**

George P. Fletcher, professeur de jurisprudence à la faculté de droit de l'Université de Columbia, affirme ainsi que si des commissions militaires viennent à juger des détenus, ces derniers ne manqueront pas de soumettre des requêtes d'*habeas corpus* à la Cour, et si la haute juridiction doit être

(121) 71 US, pp. 120-21.

(122) *Eod. loc.*, p. 124.

(123) *Eod. loc.*, p. 121.

(124) *Eod. loc.*

(125) *Eod. loc.*, p. 122.

fidèle à elle-même, elle devra se prononcer en des termes similaires à ceux qu'elle a soutenus dans l'affaire « Milligan » : « *nous ne savons pas dans quelles circonstances le ministère de la Défense va essayer d'invoquer le pouvoir de recourir à des tribunaux militaires et condamner à mort des terroristes présumés. Cependant, lorsqu'il décidera de faire cela, nous pouvons être sûrs qu'il y aura un procès, et si la Cour Suprême entend rester fidèle à ses propres décisions, elle affirmera les règles avancées dans 'Ex parte Milligan' et annulera la condamnation de quiconque aurait dû être jugé par un tribunal fédéral* » (126).

« Ex parte Quirin »

Les jugements prononcés par la Cour dans l'affaire « Milligan » devaient venir hanter la Cour dans l'affaire « Ex parte Quirin »; cependant, ils furent mis de côté comme s'appliquant uniquement aux faits particuliers du cas d'espèce de l'affaire « Milligan ». L'*Attorney General* de l'époque, Francis Biddle, affirma que « Milligan » était du « mauvais droit » et que la Cour pouvait disposer de l'affaire « Quirin » sans toucher à un cheveu du cas « Milligan » (127), ce que la Cour fit en effet, écartant ce dernier comme ne s'appliquant pas en l'espèce.

En 1942, huit saboteurs nazis furent déposés par un sous-marin sur les côtes américaines, après avoir été entraînés dans une école de sabotage allemande. Les saboteurs avaient en leur possession des explosifs et des détonateurs qu'ils se hâtèrent de dissimuler sous la terre à leur arrivée aux Etats-Unis, de même qu'ils enfouirent les uniformes de marine qu'ils portaient en débarquant (128). Après que les saboteurs eurent été capturés par le FBI, le Président Roosevelt créa une commission militaire pour juger Quirin et ses sept complices pour délits contre les lois de la guerre et les articles de la guerre (*Articles of War*) adoptés par le Congrès; il décréta également que les saboteurs n'auraient pas accès aux tribunaux fédéraux civils des Etats-Unis (129). Les saboteurs soumièrent une pétition à la Cour suprême, afin que celle-ci examinât la validité des procédures aux termes desquelles ils étaient jugés par la commission militaire. La Cour prit connaissance de leur pétition, en dépit – et ceci est digne d'intérêt – du langage exprès du Président Roosevelt, excluant tout recours par les saboteurs nazis aux tribunaux civils des Etats-Unis (130). La Haute Juridiction affirma cependant, dans

(126) George P. FLETCHER, « Bush's Military Tribunals Haven't Got a Legal Leg to Stand On », *op. cit.*

(127) *The New York Times*, 31 juillet 1942, p. 4, col. 2, cité par CUSHMAN, « The Nazi Saboteur Case », 36 *American Political Science Review* 1082, 1942.

(128) *Ex parte Quirin*, 317 US 20-21.

(129) Military Order of July 2, 1942, *Federal Register* 5103, et Proclamation n° 2561, 7 *Federal Register* 5101, 1942. Cf. *Quirin*, 317 US, pp. 22-23.

(130) Cf. *Quirin*, *eod. loc.*

une opinion *per curiam*, que les saboteurs nazis étaient constitutionnellement jugés par la commission militaire (131).

Ce précédent est, on l'a dit, fréquemment cité à l'appui par les défenseurs du décret du Président. Confrontée à la question de savoir si les saboteurs nazis pouvaient être jugés par une commission militaire, la Cour affirma que ces derniers étaient constitutionnellement détenus et jugés par une telle commission. En réponse à l'argument avancé dans « Milligan » (invoqué par les avocats de la défense), selon lequel la loi de la guerre (*law of war*) ne s'applique pas lorsque les tribunaux sont ouverts et que leur processus n'est pas entravé, la Cour affirma dans « Quirin » que le langage de la Cour dans « Milligan » s'appliquait aux faits spécifiques de cette affaire. En effet, Milligan, ne faisait pas partie des forces armées de l'ennemi et n'était pas non plus associé à elles; il était donc un non-belligérant et, de ce fait, n'était pas soumis à la loi de la guerre, excepté dans la mesure où la loi martiale le prévoit aux termes de la Constitution. La Cour jugea dans « Quirin » que l'opinion de la Cour dans « Milligan » ne s'appliquait donc pas au cas des saboteurs nazis (132).

Il importe de noter cependant que la Cour laissa en suspens la question des confins exacts de la compétence des tribunaux militaires pour juger des personnes aux termes de la *law of war* : Nous n'avons pas l'occasion de définir ici avec une attention méticuleuse les frontières ultimes de la compétence des tribunaux militaires. Il suffit de savoir que les personnes en cause ici sont, aux termes de faits reconnus par tous, clairement soumises à cette compétence et se situent au sein de ces frontières, et qu'elles sont détenues en bonne foi pour être jugées par une commission militaire : en effet, ces individus « *sont accusés d'être des ennemis qui, dans le but de détruire du matériel de guerre et des réseaux de service public, pénétrèrent sur notre territoire et y demeurèrent, sans uniforme – ce qui constitue un délit [offense] contre la loi de la guerre – délit que la Constitution autorise qu'il soit jugé par une commission militaire* » (133).

Par ailleurs, « Ex parte Quirin » laissa ouverte la question de savoir si le Président américain pouvait former de tels tribunaux sans le consentement du Congrès – or, c'est là l'une des critiques majeures qui sont adressées au décret du Président Bush établissant des commissions militaires (134). La Cour dit qu'« *il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de déterminer à quel point le Président en tant que Commandant en Chef a le pouvoir constitutionnel de créer des commissions militaires sans le soutien d'une loi du Congrès. En l'espèce,*

(131) *Eod. loc.*, pp. 17-18. Le texte complet de l'opinion de la Cour ne devait être rendu que bien après le bref *per curiam* – et après que six des saboteurs nazis ont été exécutés sur la chaise électrique.

(132) 317 US, pp. 45-46.

(133) *Eod. loc.*

(134) Cf. Laurence H. TRIBE, « Trial By Fury », *op. cit.* Cf. aussi Arlen SPECTER, « Questioning the President's Authority », *The New York Times*, 28 novembre 2001, sect. A, p. 25, col. 1.

le Congrès a autorisé que le jugement de délits contre la law of war soient jugés devant de telles commissions » (135).

Il importe également de noter, comme le fait remarquer le professeur Tribe, que les Etats-Unis étaient, en 1942, en guerre contre l'Allemagne, une guerre ouvertement déclarée, ce dont la Cour dans « Quirin » fit état (136) et ce que les critiques du décret du Président Bush prennent le soin de rappeler. En effet, bien que certains veuillent voir dans la *Joint Resolution* du Congrès l'équivalent d'une déclaration de guerre et affirment qu'une déclaration expresse et formelle n'est pas nécessaire, le Congrès n'ayant formellement déclaré la guerre qu'en de très rares occasions au cours de l'histoire des Etats-Unis (137), d'autres affirment que c'est là une interprétation erronée, rappelant que le Congrès a spécifiquement évité le recours au mot « guerre » lors de l'adoption de la *Joint Resolution* (138).

Il reste également à rappeler que, pour célèbre qu'elle soit devenue, la décision de la Cour dans « Quirin » ne constitue pas nécessairement le précédent « le plus approprié », ainsi que l'affirme John Ashcroft. La décision offre-t-elle un fondement aussi solide que le dit l'*Attorney General* pour justifier la décision du Président Bush ? Il est vrai qu'en dépit du fait que les tribunaux civils étaient ouverts et en cours de fonctionnement, la Cour décida, à l'unanimité, que les accusations portées contre les saboteurs nazis constituaient une allégation valide de crime contre la loi de la guerre pour laquelle le Président avait autorité à ordonner un procès devant une commission militaire ; cependant, l'unanimité de la Cour fut remportée sur fond de controverses juridiques entre les différents juges de la Cour suprême. David Danelski parle d'accusation conçue de façon à assurer la peine de mort, d'efforts désespérés pour justifier un fait accompli, de négociations, de compromis et d'appels au patriotisme des membres de la Cour suprême, dans un effort visant à obtenir une décision unanime de la Haute Juridiction (139). D'après les mémoires de Francis Biddle, *Attorney General* sous la présidence de Franklin D. Roosevelt, des pressions imposées derrière les coulisses par la branche exécutive du gouvernement auraient contribué à la décision unanime dans l'affaire des saboteurs allemands (140). Ainsi, alors que l'établissement, par la Cour, d'une distinction entre *lawful* et *unlawful*

(135) 317 US, p. 29.

(136) *Eod. loc.*, pp. 22-23.

(137) Les défenseurs de cette position citent notamment la décision de la Cour dans les Prize Cases, 67 US 635, 668, 1862 : « si une guerre est faite par l'invasion d'une nation étrangère, le Président est non seulement autorisé, mais également tenu de résister à la force par la force. Il n'engage ou ne déclare pas la guerre, mais il est tenu de relever le défi sans attendre une sorte quelconque d'autorisation législative spéciale. Que la partie hostile soit un envahisseur étranger ou des Etats organisés en vue d'une rébellion, ce n'en est pas moins une guerre, bien que la déclaration d'une telle guerre soit unilatérale ». Cf. aussi William H. REHNQUIST, *All the Laws But One, Civil Liberties in Wartime*, Alfred A. Knopf, New York, 1998, p. 218 ; Louis FISHER, *Presidential War Powers*, Kansas University Press, 1995.

(138) TRIBE/KETVAL, « Waging War », *op. cit.*

(139) David J. DANIELSKI, « The Saboteurs' Case », 1 *Journal of Supreme Court History*, pp. 61, 63-64.

(140) Cf. Laurence H. Tribe, qui parle de « some nasty behind-the-scene arm twisting by the executive branch », « Trial By Fury », *op. cit.*.

combatant et que l'affirmation, toujours par la Cour, de la validité de la commission militaire font de l'affaire « Quirin » l'un des précédents les plus fréquemment cités à l'appui du décret du Président Bush, les critiques de l'ordre militaire mettent l'accent sur les divisions et les circonstances peu satisfaisantes qui entourèrent la décision unanime de la Cour dans « Quirin » (141) : rendue bien après un premier *per curiam* sommaire et une fois que six des saboteurs nazis ont été exécutés, l'opinion de la Cour dans « Ex parte Quirin », aux dires mêmes de Frankfurter, ne présente pas un précédent particulièrement heureux – ce dernier qualifia la décision de « *unhappy precedent* » – et, de l'avis des experts, laisse beaucoup à désirer (142).

Opinion de l'Attorney General relative aux assassins du Président Lincoln

Outre le précédent « Ex parte Quirin » qu'il invoqua, rappelant avec approbation le fait que les saboteurs nazis avaient été exécutés dans les règles et de façon relativement rapide (*executed in a relatively rapid order*), après avoir été jugés par la commission militaire établie par le Président Roosevelt, le vice-Président Cheney fit également allusion à l'exemple des assassins du Président Abraham Lincoln, jugés eux aussi par une commission militaire : « *c'est de cette façon que nous avons traité avec les personnes qui assassinèrent Abraham Lincoln et tentèrent d'assassiner une partie de son cabinet en 1865* » (143). C'est là en effet un précédent que les défenseurs du décret militaire du Président Bush se plaisent à rappeler : en 1865, l'*Attorney General* avait affirmé que les conspirateurs accusés de l'assassinat du Président Lincoln pouvaient être jugés par une commission militaire, en dépit du fait que les tribunaux étaient ouverts et en cours de fonctionnement à Washington DC. L'opinion de l'*Attorney General* Speed mit l'accent sur la différence entre ceux qui prennent part à la guerre de façon active et ouverte et ceux qui y prennent part de façon active mais secrète : « *si un prisonnier est un soldat régulier de la partie opposée, dans la guerre, il doit être traité avec toute la courtoisie et les égards appropriés avec les conditions d'une détention sûre. S'il s'est rendu coupable de délits contre les lois de la guerre, il doit avoir droit à un procès et être puni de la façon dont les lois de la guerre le requièrent. Un espion, bien qu'il soit prisonnier de guerre, peut être jugé, condamné et exécuté par un tribunal militaire sans que la Constitution ne soit violée. Un guérillero, un bandit, un rebelle, un assassin, étant tous des ennemis publics, peuvent être jugés et exécutés au motif qu'ils ont perpétré des délits contre la loi de la guerre. La loi des nations qui est le résultat de l'expérience et de la sagesse des âges, a décidé de ce que les guérilleros, bandits, etc. sont*

(141) Cf. DANELSKI, « The Saboteurs' Case », *op. cit.*, ; Francis BIDDLE, *In Brief Authority*, 1962. Cf. aussi William SAFIRE, « Kangaroo Courts », *The New York Times*, 26 novembre 2001, Sect. A, p. 17, col. 5.

(142) Cf. Louis FISHER, « Bush Can't Rely on the FDR Precedent », *Los Angeles Times*, 20 décembre 2001; Robert E. CUSHMAN, « The Case of the Nazi Saboteurs », 36 *Am. Pol. Sci. Rev.* 1082, 1942.

(143) Elisabeth BUMILLER/Steven Lee MYERS, « A Nation Challenged : The Presidential Order », *op. cit.*

des contrevenants aux lois de la nature, et de la guerre, et qu'ils peuvent, en tant que tels, être soumis au pouvoir militaire. Notre Constitution a fait de ces lois une partie de la loi du pays [a part of the law of the land] » (144). Or, nous l'avons vu, certains commentateurs sont de l'avis que les personnes soupçonnées de liens avec les attentats du 11 septembre font partie de cette même catégorie de « contrevenants aux lois de la nature et de la guerre ».

Indiens Modoc

Une autre opinion d'*Attorney General* semble présenter un intérêt particulier, en ce qu'elle s'applique à une partie (les Indiens Modoc) dont « *il est difficile de définir exactement les relations avec les Etats-Unis* » (145).

L'*Attorney General* George H. Williams affirma dans son opinion à ce sujet que « *la juridiction militaire est de deux sortes : d'une part, celle qui est conférée et définie par des statuts; d'autre part, celle qui est dérivée de la Common Law de la guerre... Dans les armées des Etats-Unis, la première est exercée par les cours martiales; tandis que les causes qui ne tombent pas sous le coup des 'règles et articles de guerre' ou la compétence conférée aux cours martiales par statut, sont jugées par commission militaire* » (146). Williams est conscient du fait que « *toutes les lois et coutumes de la guerre [all the laws and customs of civilized warfare] pourraient ne pas s'appliquer à un conflit armé avec les tribus indiennes... Mais les circonstances de cette affaire sont telles qu'elles font du meurtre qui a eu lieu une violation des lois de la guerre et les Indiens qui y prirent part comprenaient parfaitement la bassesse et la trahison de leurs actes* ». Ainsi, bien qu'il soit difficile de définir avec précision les relations des tribus indiennes avec les Etats-Unis, aux termes de l'*Attorney General*, « *comme ces derniers ont été reconnus comme une communauté indépendante pour les besoins de traités et comme ils mènent souvent des guerres organisées et prolongées, ils peuvent, de façon appropriée, ... être soumis aux règles de guerre qui rendent possible la négociation de paix après les hostilités et permettent qu'une telle perfidie que le comportement qui est en cause soit punie par une autorité militaire* » (147).

En dépit des incertitudes qui entourent le statut de certains des détenus en relation avec les événements du 11 septembre 2001, certains n'hésitent pas à établir l'analogie avec le raisonnement de l'*Attorney General* dans l'affaire des Indiens Modoc. L'opinion de George Williams est également citée en ce qu'elle est éclairante des précédents historiques du recours à de tels tribunaux : « *lorsque les Etats-Unis étaient en guerre contre le Mexique, plusieurs officiers de l'armée mexicaine furent jugés par une commission militaire*

(144) Opinion de George H. WILLIAMS, « The Modoc Indian Prisoners », 14 *Op. Atty Gen.* 249; 1873 US AG Lexis 27 (7 juin 1873).

(145) *Eod. loc.*

(146) *Eod. loc.*

(147) *Eod. loc.*

pour avoir failli à leur parole. Plusieurs procès du même genre eurent lieu pendant la guerre civile. Mais il n'est pas de statuts sur le sujet et toute l'autorité du pouvoir militaire dans ces affaires provient des usages de la guerre » (148).

Pable Waberski

Cependant, outre les opinions des *Attorney Generals* Speed et Williams qui datent de 1865 et 1873 respectivement, il en est une troisième, plus près de nous, provenant également d'un *Attorney General*, qui est elle aussi digne d'intérêt avec, cependant, la différence notoire qu'elle fait, celle-ci, la joie des critiques du décret militaire plutôt que de ses défenseurs. Rendue en 1918, l'opinion se prononçait sur le caractère approprié de faire juger par une commission militaire un citoyen russe, Pable Waberski, qui avait été envoyé par les Allemands au cours de la Première Guerre mondiale, afin de « faire exploser les choses aux Etats-Unis » (*to blow things up in the United States*). P. Waberski fut arrêté au moment où il traversait la frontière mexicaine pour rentrer aux Etats-Unis et fut accusé de rôder comme un espion, aux termes de l'article 82 des articles de la guerre : il avait admis qu'il avait l'intention de perpétrer des attentats contre des cibles d'importance vitale aux Etats-Unis.

En dépit de cela, l'*Attorney General* affirma qu'il serait inconstitutionnel de le faire juger par une commission militaire. Il cita « Ex parte Milligan » pour affirmer que les délits commis en dehors des champs d'opérations militaires et par une personne qui n'était pas membre du pouvoir militaire en un lieu où les tribunaux étaient en cours de fonctionnement, n'étaient pas soumis à la juridiction d'un tribunal militaire (149) ; si Waberski pouvait, de façon constitutionnelle, être jugé par une cour martiale, il s'ensuivrait logiquement que le Congrès serait à même d'assurer le jugement devant des tribunaux militaires de tout individu, citoyen ou étranger, accusé d'espionnage ou de tout autre crime de guerre, quel que soit le lieu où ce crime est commis et quel que soit l'endroit où une telle personne est arrêtée. L'*Attorney General* affirma en outre que les clauses de la Constitution sur lesquelles s'appuyaient les jugements prononcés par la Cour dans « Milligan » ne s'appliquaient pas aux seuls citoyens américains : « même s'il n'y avait pas l'affaire Milligan pour nous offrir un précédent qui fait autorité, les clauses de la Constitution elles-mêmes nous feraient aboutir aux mêmes conclusions que celles qui furent avancées par l'opinion de la Cour dans cette affaire, à savoir que

(148) *Eod. loc.* Williams cite également le fait qu'une commission militaire se réunit en août 1865 pour juger Henry Witz, qui plaida entre autres arguments pour sa défense, que la commission n'avait pas autorité pour le juger car il s'agissait d'un tribunal qui n'était autorisé ni par les statuts, ni par la loi militaire (*military law*), ni par l'usage. Ces arguments furent rejetés en raison, en partie, de son inculpation de meurtre, ce qui était « en violation des lois et coutumes de la guerre » (*murder in violation of the laws and customs of war.*) Toutes les mesures prises dans cette affaire, affirma Williams, dérivent leur autorité et leur validité de la *common law of war*.

(149) « Trial of Spies by Military Tribunal », 31 *Op. Atty Gen.* 356 ; 1918 US AG Lexis 2, 1918.

dans ce pays, les tribunaux militaires, qu'ils soient des cours martiales ou des commissions militaires, ne peuvent, de façon constitutionnelle, se voir attribuer une compétence pour juger des personnes accusées d'actes ou de délits commis en dehors des champs d'opérations militaires ou d'un territoire soumis aux lois martiales ou autre territoire militaire particulier, excepté les membres des forces militaires et navales... Toute autre conclusion reviendrait à appliquer la loi martiale là où il n'existe pas de justification pour qu'une loi martiale soit appliquée et là où aucune loi martiale n'a été déclarée et cela reviendrait à suspendre la Constitution en temps de guerre » (150).

CONCLUSION

Les références aux précédents historiques abondent, de même que celles qui font état de décisions judiciaires : on a recours aux unes et aux autres de part et d'autre des arguments politiques et juridiques. La polémique continue sur la question de savoir si les personnes impliquées dans les événements du 11 septembre 2001 et les détenus sont des criminels de lieu commun ou des combattants.

Des décisions doivent être prises, qui établissent un équilibre difficile entre la sécurité et la protection de vies humaines et le souci des droits et libertés. Il est clair que l'Administration Bush assimile les événements du 11 septembre à des actes de guerre; le Président affirme en effet : « *les Etats-Unis sont soumis à une attaque et, en temps de guerre, le Président a besoin d'avoir la capacité de protéger la sécurité nationale et la sécurité du peuple américain* » (151). Toutefois, en réalité, la question du statut des détenus n'est toujours pas tranchée d'une façon décisive et le flou ou le *no man's land* juridique dont parle *El Pais* est loin d'être résolu. Certains voient dans la décision prise par le Département de la Justice de juger Zaccaria Moussaoui devant un tribunal fédéral le signe d'une certaine prudence dont l'administration ferait preuve face aux attaques suscitées par le décret militaire du Président Bush (152) – un signe de ce que le Président Bush entend recourir à de telles commissions militaires avec une certaine précaution, même s'il a exprimé la nécessité pour le chef de l'exécutif d'avoir de tels recours à sa disposition.

Les termes de *Chief Justice* William Rehnquist semblent ici particulièrement appropriés : « *en dépit d'améliorations qui eurent lieu, le sentiment persiste cependant qu'il y a quelque vérité dans la maxime Inter arma silent leges* »; si l'on pourrait penser, précise-t-il, qu'une maxime légale romaine vieille de deux millénaires en provenance d'un système légal sans Constitu-

(150) *Eod. loc.*

(151) « A Nation Challenged : The Tribunals; Bush Defends Wartime Call for Tribunals », *New York Times*, 5 décembre 2001, Sect. A, p. 1, col. 1.

(152) *Cf. note 40 supra.*

tion écrite n'a qu'une application très générale aux Etats-Unis, le fait que la phrase soit reprise par des auteurs contemporains suggère qu'elle reste valide et qu'elle a une certaine valeur – pour le moins descriptive; elle révèle, chose évidente, qu'en temps de guerre le pouvoir du gouvernement de limiter les libertés civiles est plus grand qu'en temps de paix, mais aussi qu'en temps de guerre, les Présidents peuvent agir « *de façon à repousser les limites de leur autorité jusqu'à ses limites externes sinon au-delà de ces limites... La Constitution n'a pas beaucoup gêné ou entravé aucun Président en temps de guerre* [The Constitution has not greatly bothered any wartime President] » (153). Et il n'est pas de raisons de croire, prévoit le *Chief Justice*, que les futurs présidents agiront, en temps de guerre, de façon différente de celle de Lincoln, Wilson ou Roosevelt : « *en temps de guerre, la raison et l'histoire suggèrent toutes deux que la balance penche dans une certaine limite en faveur de l'ordre – en faveur de la capacité du gouvernement à faire face à des conditions qui mettent en cause le bien-être de la nation* » (154).

N'encourt-on pas alors le risque de glisser d'une situation d'urgence réelle à une situation où la menace présumée n'est pas aussi critique qu'on veut bien le dire ou le penser ? (155) Le débat persiste quant à savoir à quel point des attitudes et des libertés telles que les Présidents pourraient prendre en temps de guerre sont désirables ou indésirables. Toutefois, il s'agit là d'une question philosophique qu'il convient de laisser pour un autre forum, ainsi que le suggère Rehnquist. Il importe en revanche, comme le dit le *Chief Justice*, d'accorder une attention plus soutenue aux fondements avancés par les Présidents qui invoquent des pouvoirs d'urgence, afin que les lois, au lieu de rester silencieuses en temps de guerre, viennent à s'exprimer – même si ce doit être sur un ton quelque peu différent (156).

(153) William REHNQUIST, *All the Laws But One*, op. cit., p. 223.

(154) *Eod. loc.*, p. 222.

(155) Le *Chief Justice* Rehnquist rappelle cependant que ces questions doivent être débattues à la lumière de la définition que l'on donne aux libertés civiles. Cf. *All the Laws But One*, op. cit., p. 222.

(156) *Eod. loc.*, pp. 224-25.