

Les cahiers de la justice

Revue semestrielle de l'École nationale de la magistrature

#2018/2

TRIBUNE “ **Le juriste, le juge et le professeur**
par Jean-Louis Gillet

DOSSIER [] **L'enseignement du droit :
quelles perspectives ?**

Jean Danet | Kami Haeri | Christophe Jamin | Olivier Leurent | Mustapha Mekki |
Emmanuelle Perreux | Jean-Baptiste Perrier | Sandra Travers de Faultrier

CHRONIQUES { **Plongée au cœur des procès pénaux de
Guantánamo**

par Sharon Weill et Mitch Robinson

Le juge face à des vérités croisées

par Jean-Louis Gillet

**Les commissions « vérité et
réconciliation » : une nouvelle approche
de la vérité**

par Terry Savage

**Les expériences de justice restaurative en
matière de terrorisme**

par Katerina Soulou

Plongée au cœur des procès pénaux de Guantánamo

par Sharon Weill et Mitch Robinson

Sharon Weill, Maître de conférence en droit international et chercheuse associée à Sciences-Po Paris et à l'université Américaine de Paris

Mitch Robinson, PhD, Institut de Hautes Études Internationales et du Développement, Genève ¹.

Au moins 780 suspects ont été incarcérés à Guantánamo, mais seul un petit nombre d'entre eux a fait l'objet de poursuites pénales. Huit procès ont été menés à terme et quatre autres, y compris le procès des accusés du 11 septembre, se déroulent encore à l'heure actuelle.

Cet article, basé sur une recherche de terrain menée en 2016, examine les procès criminels des commissions militaires de Guantánamo. En première partie, nous traiterons du contexte dans lequel s'inscrit le cadre juridique en vigueur, puis, dans la deuxième, nous aborderons la procédure et le fonctionnement du procès du 11 septembre en montrant empiriquement de quelle manière « Le procès le plus important depuis Nuremberg » est actuellement géré.

At least 780 people have been detained in Guantanamo, yet only a small minority have faced criminal prosecution : eight trials have been completed so far and four others trials are currently ongoing- including the 9/11 trial. Based on a field research conducted in 2016, this article takes a close look at the practice of the U.S. military commissions criminal trials. The first part situates these military commissions within the general U.S. justice system. The second part takes a close look from within the ongoing proceedings, and more specifically the 9/11 trial. It is empirically shown how 'The most important trial since Nuremberg' has been conducted.

La citation célèbre de Georges Clémenceau, « la justice militaire est à la justice ce que la musique militaire est à la musique », est particulièrement éloquente dans le contexte des procès de Guantánamo.

La décision de faire juger les « combattants ennemis » par des tribunaux militaires, prise par l'administration Bush au lendemain des attaques du 11 septembre 2001, avait un double objectif : assurer la tenue de procès

1. Mitch Robinson est spécialiste de droit international et membre de l'équipe de défense de M. Mustafa al-Hawsawi, coaccusé dans l'affaire *États-Unis c/ KSM et al.* entendue par

une commission militaire à Guantánamo, Cuba. Il contribue à la rédaction de ce chapitre à titre personnel.

rapides tout en garantissant le maintien d'un contrôle politique sur la procédure, et contourner la portée extraterritoriale du cadre constitutionnel et législatif américain². Ce système expérimental, créé par décret présidentiel en novembre 2001 avant toute arrestation, a évolué suite à quatre décisions de la Cour suprême – toutes défa-

semaines, se tiennent tous les deux mois ; elles ont toutefois été interrompues par des événements imprévus ou tout simplement annulés à plus de dix reprises entre 2013 et 2016. L'appareil judiciaire, l'unité administrative et les équipes juridiques du ministère de la Défense (c.-à-d. le Pentagone) sont tous basés à Washington D.C. Bon nombre des avocats de la défense, soit salariés du Pentagone, soit bénévoles issus d'ONG ou spécialistes de la peine capitale sont quant à eux éparpillés dans tout le pays. Deux jours avant l'audience, l'ensemble du dispositif, à savoir l'équipe judiciaire, le ministère public, la défense, les familles des victimes, ainsi que des journalistes et représentants d'ONG sélectionnés au préalable (soit plus de 100 personnes au total), se retrouvent à la base aérienne d'Andrews, près de Washington, pour se rendre en avion dans la baie de Guantánamo en vue d'assister à l'ensemble de la session, qui peut durer jusqu'à 2 semaines. Un jour et demi est alors consacré à la préparation logistique et juridique du procès avant le début des audiences. Le complexe judiciaire expéditionnaire, jusqu'alors comparable à une ville fantôme, se transforme en un centre extrêmement surpeuplé composé de bâtiments temporaires transportables qui servent de bureaux et hébergement au personnel judiciaire. Les équipes de défense, généralement constituées de 15 à 20 personnes, bénéfi-

« Au moins 780 suspects ont été incarcérés à Guantánamo, mais seul un petit nombre d'entre eux a fait l'objet de poursuites pénales. »

vorables au gouvernement – et à l'adoption de deux lois relatives aux commissions militaires en 2006 et 2009. Au moins 780 suspects ont été incarcérés à Guantánamo, mais seul un petit nombre d'entre eux a fait l'objet de poursuites pénales. Huit procès ont été menés à terme – dont quatre dont la décision a été annulée en appel par des juridictions américaines ordinaires – et quatre autres, y compris le procès des accusés du 11 septembre, se déroulent encore à l'heure actuelle.

Le complexe judiciaire expéditionnaire

Le tribunal siège dans un « complexe judiciaire expéditionnaire » situé sur une ancienne piste d'aérodrome de la baie de Guantánamo. En temps normal, les audiences, d'une durée d'une à deux

2. Selon Fionnuala Ni Aoláin et Oren Gross, les commissions militaires de Guantánamo sont des mécanismes judiciaires « d'exception ». Voir Aioláin, F. et Gross, O. (dir.), 2013, *Guantánamo and Beyond : Exceptional Courts and Military*

Commissions in a Comparative Perspective, Cambridge : Cambridge University Press ; voir également Bravin, J., 2013, *The Terror Courts : Rough Justice at Guantánamo Bay*, Yale University Press.

cient chacune de quatre voitures et d'une voiturette de golf en raison du manque de financement des besoins logistiques. La presse et les représentants d'ONG sont logés dans des tentes militaires. Une pièce d'un hangar désaffecté est réservée à la presse et une autre aux ONG, que les différentes équipes doivent ensuite se partager. À la fin de la session, tout le monde plie bagage et retourne à Washington, D.C. Conscient de la lente progression du travail et après avoir pris connaissance de son programme d'audience, le colonel James Pohl, le président des commissions militaires de Guantánamo, a demandé au gouvernement américain de construire une deuxième salle d'audience. Suite au refus de celui-ci, le ministère public a suggéré que des audiences soient tenues tard dans la soirée, ce à quoi le colonel Pohl a répondu que, compte tenu de la gravité des crimes présumés, il n'était pas question d'organiser des « audiences nocturnes ».

La salle d'audience est divisée en deux, une partie étant considérée comme une installation classée secret défense pouvant être totalement coupée du monde extérieur, à laquelle seules les personnes bénéficiant d'une habilitation top secrète de sécurité auront accès pendant la procédure. Le public est ainsi séparé de la salle d'audience par un mur de verre insonorisé, et la retransmission audiovisuelle depuis la salle est différée de quarante secondes. Le juge et un agent de sécurité de la Cour peuvent

couper la diffusion audiovisuelle à l'aide d'un simple interrupteur. Des documents judiciaires déclassifiés sont consultables sur le site Internet des commissions militaires³. Bien que celles-ci aient pour devise « impartialité – transparence – justice », il semble pourtant difficile d'imaginer d'autres termes ayant si peu en commun avec ces commissions.



C'est dans ce contexte que se tient actuellement le procès contre les accusés des attentats terroristes du 11 septembre, qui était censé être un procès historique laissant un vaste héritage judiciaire, « le procès le plus important depuis Nuremberg ». Pourtant, la grande majorité de la population américaine ignore l'existence de ces procédures pénales quasi secrètes qui se tiennent à Cuba. En première partie, nous traiterons du contexte dans lequel s'inscrit la naissance du cadre juridique des commissions militaires, puis, dans la deuxième, nous aborderons la procédure et le fonctionnement du procès du 11 septembre.

3. www.mc.mil. Ce site était inaccessible en dehors du territoire des États-Unis au moment de la rédaction du présent article.

I - Structure juridique des tribunaux militaires

A - Période Bush : Le Décret présidentiel de 2001 et son annulation par la Cour suprême

Le décret présidentiel de novembre 2001, à l'origine des commissions militaires de Guantánamo, a créé un « trou noir juridique » autorisant la tenue de procès dirigés par l'exécutif à l'abri de tout contrôle judiciaire indépendant, sous l'autorité opérationnelle totale du ministère de la Défense, et en rejetant toute possibilité d'appel⁴. Ces installations inaccessibles ont par ailleurs été entourées du plus grand secret, empêchant l'examen du public sur l'incarcération anonyme des accusés. Personne ne pouvait voir ni entendre les histoires des prisonniers. Les avocats saisissaient la Cour suprême au nom de leurs clients sans pouvoir communiquer avec eux⁵. Toutefois, les violations gravissimes des garanties procédurales fondamentales par cette politique se sont peu à peu faites jour.

Les premiers détenus sont arrivés au

camp X-Ray de la baie de Guantánamo le 11 janvier 2002 – près de deux mois après l'adoption du décret présidentiel. Le détenu n° 149, Salim Hamdan, qui avait reconnu avoir servi de chauffeur personnel à Oussama ben Laden, a été cité à comparaître devant la commission militaire le 14 juillet 2004. Ses avocats ont toutefois contesté la légitimité de la commission militaire créée par le président, portant l'affaire jusqu'à la Cour suprême des États-Unis. Cette dernière a, par l'arrêt *Hamdan* rendu en 2006, remis en cause la capacité du président à créer des tribunaux militaires, et décidé que ces juridictions irrégulièrement constituées violaient l'article 3 commun des Conventions de Genève⁶. Elle a affirmé que le Congrès devait adopter une loi (dont la Cour suprême pourrait examiner la constitutionnalité) pour continuer les poursuites.

B - Programme d'interrogatoire spécial de la CIA et législation adoptée sous la présidence de Bush

Suite à l'affaire *Hamdan*, le Congrès a adopté, sous la présidence de Bush, le

4. Maison-Blanche, 13 nov. 2001, « Military Order—Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism » [Ordonnance militaire – Détention, traitement et jugement de certains étrangers dans la lutte contre le terrorisme]. Ce décret a été adopté en vertu de l'« Autorisation de recourir à la force militaire » (*Authorization for Use of Military Force*) du Congrès américain du 18 septembre 2001, 2(a), loi 107-40, 115 Stat. 224. Le statut de la commission était à l'époque régi par l'ordonnance n° 1 du ministère américain de la Défense du 31 août 2005 relative aux commissions militaires (*Military Commission Order N°. 1*). Disponible à l'adresse : <http://www.defense.gov/news/Sep2005/d20050902order.pdf>.

5. Pour un compte-rendu captivant du travail abattu par la défense au cours des premières années, voir : Jonathan Hafetz et Mark P. Denbeaux, 2009, *The Guantánamo Lawyers : Inside a Prison Outside the Law*, New York : New York University Press. Les avocats n'ont pu rencontrer leurs clients qu'après l'arrêt *Rasul contre Bush* de la Cour suprême (2004), qui a reconnu le droit à l'*habeas corpus* des détenus de Guantánamo.

6. « (...) en décidant de juger *Hamdan* et de prononcer une sanction pénale à son encontre, le pouvoir exécutif est tenu de respecter l'État de droit en vigueur dans ce pays. » *Hamdan contre Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), 72.

Military Commission Act (MCA) de 2006 et créé de nouvelles procédures applicables devant les commissions militaires, qui ont, malgré cette réforme, continué à être entachées de graves défauts. Il est nécessaire de situer cette loi dans son contexte, à savoir le programme d'interrogatoire spécial de la CIA, qui était secrètement en vigueur à l'époque.

Deux mois après l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Hamdan*, le président Bush a annoncé le 6 septembre 2006, dans un grand discours, l'arrivée de 14 détenus « de haute valeur » à Guantánamo, parmi lesquels se trouvaient les futurs accusés du procès du 11 septembre ⁷. Des années plus tard, en 2014, la Commission spéciale du Sénat américain sur le renseignement a officiellement reconnu que ces détenus avaient été les victimes d'un programme d'interrogatoire spécial et de torture à Guantánamo et dans plusieurs « sites noirs » (prisons secrètes de la CIA) à l'étranger. ⁸ À l'époque toutefois, peu de personnes connaissaient ce dispositif. Avec le recul, nous savons que les autorités étaient pleinement conscientes de l'identité des accusés et au courant que les éléments de preuve réunis contre eux avaient été obtenus dans le cadre du programme de transfert clandestin, de détention et d'interrogatoire de la CIA. La loi de 2006 créant les commissions devait par conséquent protéger le secret entourant ces

interrogatoires et reconnaître la recevabilité des éléments de preuve obtenus pendant ces interrogatoires.

On peut donc considérer que la structure et les fonctions du système des commissions militaires constituent une réaction face à ces deux facteurs convergents. D'un côté, le système judiciaire ordinaire américain a réaffirmé son autorité vis-à-vis du pouvoir exécutif en défendant les principes généraux de la justice. De l'autre, le caractère secret défense du programme de torture de la CIA et le transfert de ses victimes à Guantánamo en vue de leur jugement par des juridictions militaires empêchent de les traduire en justice dans le respect de l'État de droit et des normes internationales, et imposent des règles de procédure permettant de dissimuler les tortures pratiquées afin d'exclure toute responsabilité de l'État.

C - L'ère Obama – fermer ou non Guantánamo ?

Le président Obama, quelque temps après son arrivée au pouvoir en janvier 2009, a signé un décret présidentiel exigeant la fermeture des prisons de Guantánamo dans un délai d'un an, et suspendu toutes les procédures menées devant les commissions militaires en vertu de la MCA 2006. En novembre 2009, l'administration Obama a entrepris de transférer les procès militaires vers une juridiction ordinaire à New York,

7. Discours choisis du président George W. Bush 2001-2008, disponibles à l'adresse : https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf, p. 412.

8. Commission spéciale du Sénat américain sur le renseignement, déc. 2014 (*Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation program*).



où avait été commise l'attaque terroriste du 11 septembre et où l'audience aurait logiquement dû avoir lieu pour permettre aux victimes et à la société américaine d'y accéder.

« Le Congrès a systématiquement fait obstacle à la fermeture de Guantánamo, même lorsque les démocrates avaient la majorité des voix, en empêchant le financement du transfert des détenus de Guantánamo vers les États-Unis. »

Finalement, Ahmed Ghailani a été le seul prisonnier de Guantánamo à être transféré à New York pour être jugé par une juridiction pénale ordinaire. Il a été poursuivi pour avoir préparé l'attaque par Al-Qaïda des ambassades américaines en Afrique en 1998. Lors d'une interview, ses avocats pénalistes ordinaires ont affirmé qu'ils étaient près de gagner le procès sur la base de différentes questions de procédure, fondées par exemple sur son droit à être jugé rapidement dès sa mise en accusation. En effet, la peine de mort n'a pas été requise contre Ghailani pour des raisons de procédure, et bien qu'il ait été condamné à perpétuité, il a été acquitté de tous les chefs d'inculpation à son encontre, sauf un. Un article du *New York Times* de l'époque décrit les enjeux de ce procès, qui seront décisifs pour la possibilité de transfert des autres procès : « L'affaire Ghailani a eu

pour effet de renforcer l'opposition aux procès non militaires, puisque le jury l'a acquitté de plus de 280 chefs d'inculpation. Bien qu'il ait été reconnu coupable d'un chef d'inculpation et condamné à la prison à perpétuité, certaines voix se sont levées pour affirmer que l'issue du procès témoignait de l'incertitude entourant les procédures menées dans des juridictions non militaires⁹. » Ainsi, depuis cette affaire, le Congrès a systématiquement fait obstacle à la fermeture de Guantánamo, même lorsque les démocrates avaient la majorité des voix, en empêchant le financement du transfert des détenus de Guantánamo vers les États-Unis par l'introduction des contraintes dans le budget annuel¹⁰.

Obama signait donc la MCA 2009 adoptée par le Congrès, qui constitue actuellement le cadre juridique en vigueur régissant les commissions. Étant plus progressiste que la précédente, l'administration Obama a amendé la MCA 2006 en lui apportant quelques améliorations. La MCA 2009 donne ainsi aux accusés le droit de faire appel du verdict et de la peine – y compris sur le caractère suffisant des éléments de preuve – devant la cour d'appel ordinaire des États-Unis. Le contrôle exercé par des juridictions non militaires, portant sur l'*habeas corpus* notamment, n'est plus interdit. La nouvelle loi étend le droit de se faire

9. Charlie Savage, 4 avr. 2011, « *In a Reversal, Military Trials for 9/11 Cases* », *New York Times*, disponible à l'adresse : <http://www.nytimes.com/2011/04/05/us/05gitmo.html>

10. Pour consulter une table ronde co-organisée par le Dr Weill à laquelle ont participé des représentants du gouver-

nement et des commissions militaires, voir « *Should and Will Guantanamo Close ?* », 29 avr. 2016, IGOV, UC Berkeley. Vidéo disponible à l'adresse : <http://igov.berkeley.edu/content/should-and-will-guantanamo-close>

représenter par un avocat civil. La MCA 2006 contenait une modalité déroutante autorisant la recevabilité des déclarations obtenues sous la torture si le juge militaire estimait que « toutes les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite en faisaient un élément fiable doté d'une valeur probante suffisante », et que cela « servait l'intérêt de la justice ». La MCA 2009 interdit désormais les déclarations « obtenues » sous la torture. Elle autorise toutefois les déclarations « dérivées » par la torture. En pratique, la différence entre les dispositions relatives à l'admissibilité des éléments de preuve fournis sous torture est donc marginale. En ce qui concerne les éléments de preuve par ouï-dire, les deux MCA autorisent leur utilisation ; la MCA 2009 s'est contentée de modifier la règle en vigueur, en faisant peser sur la partie ayant l'intention d'utiliser ce type de preuve la charge d'en prouver la fiabilité. Les deux MCA 2006 et 2009 contiennent de très nombreuses dispositions autorisant l'utilisation des éléments de preuve classés secret défense¹¹.

Ces deux lois suivent donc une logique similaire. Le système mis en place vise à assurer une conformité minimum aux décisions de la Cour suprême tout en laissant autant de marge de manœuvre que possible pour protéger la sécurité nationale, c'est-à-dire assurer la recevabilité des preuves obtenues sous la torture tout en dévoilant le moins de détails possible sur les circonstances, et garantir la

tenue de jugements rapides de type militaire strictement contrôlés. La bataille juridique concernant la légalité même des tribunaux militaires se poursuit encore aujourd'hui. Les avocats de la défense ont soumis une multitude d'arguments aux juges des commissions militaires contestant leur légalité en vertu du *corpus* constitutionnel américain.

« Il est révélateur que quatre de ces huit condamnations aient été annulées par des juridictions d'appel de Washington D.C., compétentes pour statuer en appel sur les affaires pénales de Guantánamo depuis la MCA 2009. »

II - Poursuites pénales à Guantánamo

A - Affaires conclues

Depuis leur création en novembre 2001, les tribunaux militaires ont conclu les huit affaires suivantes. La plupart de ces condamnations ont été obtenues non pas à l'issue d'un procès, mais dans le cadre d'accords entre l'accusation et la défense (« plea bargain »). Il est révélateur que quatre de ces huit condamnations aient été annulées par des juridictions d'appel de Washington D.C., compétentes pour statuer en appel sur les affaires pénales de Guantánamo depuis la MCA 2009¹².

¹¹. Pour une analyse complète, voir Elsea, J. K., 4 août 2014, « The Military Commissions Act of 2009 (MCA 2009) : Overview and Legal Issues », disponible à l'adresse : <https://fas.org/sgp/crs/natsec/R41163.pdf>.

¹². Il s'agit des condamnations de Salim Hamdan, de David Hicks, de Noor Uthman Mohammed et d'Ali Hamza al-Bahloul. Ce dernier est le seul à être encore incarcéré. Voir ci-après.

1 - Affaire Hicks

En 2007, après plus de cinq ans passés à Guantánamo, l'Australien David Hicks a été le premier détenu à comparaître devant les commissions militaires en vertu de la MCA 2006. Après avoir négocié un accord avec le ministère public, il a été condamné à sept ans de prison pour avoir fourni un soutien matériel à une organisation terroriste. L'essentiel de la peine était avec sursis et Hicks a été transféré dans un centre pénitentiaire australien, duquel il a été libéré en décembre 2007.

2 - Affaire Hamdan

Salim Hamdan, le chauffeur d'Oussama ben Laden, a été le second accusé à être entendu par les commissions au début de l'été 2008. Tout comme Hicks, Hamdan a été condamné, cette fois à cinq ans de prison, pour avoir fourni un soutien matériel à une organisation terroriste. Il a toutefois été remis aux autorités yéménites en novembre 2008, et libéré en janvier 2009.

3 - Affaire al-Bahloul

Ali Hamza al-Bahloul, l'assistant personnel yéménite de ben Laden, qui était principalement chargé de produire des vidéos de propagande pour Al-Qaïda, a été condamné en novembre 2008 à la réclusion à perpétuité. Il a été placé à l'isolement dans le couloir des condamnés du camp 6 de Guantánamo, en attendant la fin du long processus d'examen de son dossier en appel par les juridictions civiles américaines (voir ci-dessous).

4 - Affaire al-Qosi

En 2010, dans le cadre d'un accord avec l'accusation, le Soudanais Ibrahim al-Qosi a plaidé coupable de soutien matériel à une organisation terroriste et d'entente en vue de commettre des actes terroristes. Il a été renvoyé au Soudan deux ans plus tard. Dans une requête en *habeas corpus* présentée en 2004, al-Qosi a été le premier détenu à se plaindre devant une juridiction fédérale américaine d'avoir subi des tortures. Il a toutefois retiré sa requête lors de ses négociations avec le ministère public.

5 - Affaire Khadr

Omar Khadr, un Canadien arrêté alors qu'il était encore adolescent, a été condamné en 2010 dans le cadre d'un accord avec l'accusation pour homicide en violation des lois de la guerre, tentative d'homicide en violation des lois de la guerre, association de malfaiteurs, soutien matériel à une organisation terroriste et espionnage. Khadr a été rapatrié au Canada en 2012 et libéré sous caution en 2015.

6 - Affaire Noor Uthman

Noor Uthman Mohammed a plaidé coupable en 2011 pour avoir fourni un soutien matériel à une organisation terroriste. L'accord passé avec l'accusation contenait une disposition selon laquelle il bénéficierait d'un transfert vers le Soudan s'il témoignait pour le gouvernement lors de procès fédéraux et militaires jusqu'à

sa libération. L'essentiel de sa peine de 14 ans étant avec sursis, à l'exception de 34 mois, Uthman Mohammed a été libéré et transféré au Soudan en décembre 2013.

7 - Affaire Khan

Majid Khan, un citoyen pakistanais, a été condamné en février 2012 dans le cadre d'un accord avec le ministère public, par lequel ce dernier acceptait de repousser l'exécution de sa peine jusqu'à ce que Khan témoigne contre d'autres accusés « de haute valeur ». D'après le rapport de la CIA relatif au programme de transfert clandestin, de détention et d'interrogatoire, le « plateau-repas » de ce détenu, constitué de houmous, de pâtes en sauce, de noix et de raisins secs, a été « réduit en purée » et administré par voie rectale au moins une fois pendant sa captivité aux mains de la CIA ¹³.

8 - Affaire al-Darbi

En février 2014, le Saoudien Ahmed al-Darbi a plaidé coupable à plusieurs chefs d'inculpation. Il a notamment été accusé de complicité dans le cadre de l'attaque terroriste de 2002 contre le pétrolier français *Limburg*, menée alors qu'al-Darbi était déjà détenu à Guantánamo. Il a accepté de témoigner devant la commission militaire

en échange d'un rapatriement vers une prison saoudienne en 2018.

B - Les appels à Washington

D'après la jurisprudence fédérale américaine, les juridictions militaires sont compétentes pour juger des étrangers accusés d'avoir violé le droit international de la guerre ¹⁴. Si un grand nombre de condamnés ont été accusés d'avoir fourni un soutien matériel à une organisation terroriste, la cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia a toutefois décidé dans l'affaire *Hamdan contre États-Unis* (2012) que cette infraction n'était pas considérée par le droit international comme un crime de guerre, et que les commissions militaires n'avaient donc pas compétence pour juger les auteurs de cette infraction. Cet arrêt signifie que, si ce comportement ne viole que le droit interne des États-Unis et non le droit international, il ne peut être jugé que par une cour fédérale, et non par un tribunal militaire. Les chefs d'inculpation et les condamnations prononcées contre Noor Uthman Mohammed et David Hicks pour soutien matériel à une organisation terroriste ont donc également été annulés – même si les accusés avaient déjà été libérés.

¹³. Commission spéciale du Sénat américain sur le renseignement, déc. 2014, *Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation program*, note 584. Voir également la note 497.

¹⁴. Voir la jurisprudence de la Cour suprême américaine ;

dans l'affaire *Ex Parte Quirin*, celle-ci a défini la compétence de la commission militaire en estimant que les combattants ennemis pouvaient y être jugés en cas de violation du « droit de la guerre », 317 U.S. 1 (1942).



Une affaire similaire – l'affaire *al-Bahloul* – a été portée devant la même cour d'appel en juin 2015, concernant cette fois le chef d'inculpation « conspiracy » (association de malfaiteurs ou entente en vue de commettre des crimes de guerre) – une autre infraction fréquemment retenue contre les accusés de Guantánamo. Al-Bahloul était accusé, de conspiracy et de soutien matériel à une organisation terroriste. La cour d'appel américaine a annulé la condamnation pour fourniture d'un soutien matériel à une organisation terroriste, dans la lignée de la jurisprudence *Hamdan* de 2012. Le seul chef d'inculpation restant contre al-Bahloul, qu'il a contesté, est l'« conspiracy », qui a d'importantes répercussions sur le système des commissions militaires en général et sur le procès du 11 septembre en particulier. Si la doctrine ne semble pas reconnaître l'« association de malfaiteurs » comme un crime de guerre relevant du droit international¹⁵ – à l'instar du soutien matériel à une organisation terroriste – la cour a toutefois cherché tous les expédients judiciaires possible pour éviter d'avoir à trancher cette question. Un arrêt réfutant l'existence de l'association de malfaiteurs dans le droit international aurait

sans doute occasionné des problèmes insurmontables pour le procès du 11 septembre. La cour a préféré décider qu'al-Bahloul ne pouvait remettre en cause ce chef d'inculpation en se fondant sur une simple faute de procédure. En octobre 2017, la Cour suprême a refusé de se saisir de la question, laissant ainsi le champ libre aux tribunaux militaires pour juger cette infraction.

C - « Le plus important procès depuis Nuremberg » : l'affaire du 11 septembre

Bien qu'ayant débuté en 2013, le procès du 11 septembre, *États-Unis contre KSM et al.*, n'a pas encore franchi la phase préliminaire et aucune date d'audience pour le procès n'a encore été fixée¹⁶. Les cinq accusés, Khalid Cheikh Mohammed, Walid ben Attash, Ramzi ben al-Chaïba, Ammar al-Baluchi et Mustapha al-Hawsawi, sont accusés conjointement d'avoir commis diverses infractions dans l'exercice de leur rôle présumé dans les attaques du 11 septembre 2001¹⁷. À l'heure actuelle, des centaines de requêtes traitant principalement de sujets relatifs à la procédure et aux éléments de preuve, questions réglées de longue date par le système judiciaire

15. Fletcher, G., 2007, « Hamdan Confronts the Military Commissions Act of 2006 », *Columbia Journal of Transnational Law*, 45(2), 427-445.

16. Il s'agit en réalité du deuxième procès intitulé « États-Unis contre KSM et al. ». Le premier, qui s'est ouvert en 2008, a été interrompu par la nouvelle administration Obama, qui a cherché à le transférer vers les juridictions fédérales de Manhattan.

17. États-Unis contre KSM et al., 4 avr. 2012, *Referred Charges*

[chefs d'accusation soumis à la Cour, disponible sur [http://www.sciencespo.fr/psia/sites/sciencespo.fr/psia/files/KSM %20 II %20\(Sworn %20Charges\).pdf](http://www.sciencespo.fr/psia/sites/sciencespo.fr/psia/files/KSM%20II%20(Sworn%20Charges).pdf)]. Les accusations sont les suivantes : association de malfaiteurs, attaque contre une population civile, attaque contre des biens de caractère civil, actes volontaires causant de graves préjudices corporels, homicide volontaire en violation du droit de la guerre, destruction de biens en violation du droit de la guerre, détournement ou mise en péril d'un navire ou d'un aéronef et actes de terrorisme.

fédéral américain, sont présentées aux juges par les avocats de la défense pour tenter de ne pas exclure ces doctrines fondamentales pour des motifs liés à la sécurité nationale. L'acte d'accusation, ainsi que de nombreuses requêtes, sont déclassifiés et consultables sur le site Internet des commissions militaires. Toutefois, bon nombre de documents centraux relatifs à cette affaire demeurent encore classés secret défense.

1 - Des procédures secrètes et sous contrôle

Au début du procès, le juge militaire, Col. James Pohl, qui est le seul qualifié comme tel dans ce procès, a rendu une ordonnance visant à « empêcher la divulgation d'informations relatives à la sécurité nationale »¹⁸. Ce texte présente un ensemble d'informations classées très vaste, à savoir les personnes, les endroits et les événements concernés par le Programme de transfert clandestin, de détention et d'interrogation de la CIA entre 2003 et 2006, et fixe les limites de la transparence au grand public, et également aux accusés eux-mêmes. C'est ainsi que le gouvernement américain a explicitement classé les esprits des accusés (pensées, souvenirs et

expériences), jugeant que ce qu'ils savent constitue une menace pour la sécurité nationale¹⁹. Puisque les esprits des défenseurs sont classés secret défense, toute interaction avec eux, y compris les phrases qu'ils prononcent, est filtrée.

En janvier 2013, un avocat de la défense sur l'estrade a réclamé que les prisons secrètes de la CIA devaient être préservées comme éléments de preuve²⁰. La requête elle-même avait été déclassifiée et aucune information classée n'avait été discutée. Néanmoins, l'avertisseur optique rouge situé à l'intérieur de la salle d'audience (signalant l'interruption de la transmission audiovisuelle au public) a toutefois commencé à clignoter, cessant instantanément toute rediffusion audiovisuelle au public. Ni le juge ni l'agent de sécurité de la cour n'avait appuyé sur le bouton. Plus de trois ans plus tard, en août 2016, des documents ont révélé que la CIA avait elle aussi la possibilité d'interrompre les transmissions de la salle d'audience, à l'insu même du juge, et que c'était elle qui était intervenue à cette occasion²¹. Cet exemple, conjugué au fait que des procès-verbaux correspondant à des plaidoyers qui avaient été prononcés en public avaient été mystérieusement classés

18. AE-013BBBB, 6 juill. 2015, *Third Amended Protective Order #1 to Protect Against Disclosure of National Security Information* [Troisième ordonnance modifiée n° 1 visant à empêcher la divulgation d'informations relatives à la sécurité nationale].

19. Procès-verbal des commissions militaires du 22 octobre 2013 (*États-Unis contre KSM et al.*, PV 6670-71). En effet, on ne sait pas exactement si un acquittement serait pertinent tant que leur esprit est classé secret défense.

20. *États-Unis contre KSM et al.*, PV 1445-46 (28 janv. 2013) et PV 1720-22 (31 janv. 2013).

21. Les documents déclassifiés ont été publiés en août 2016 suite à une demande d'accès à l'information adressée à la CIA. Ils peuvent être téléchargés à cette adresse : <https://theintercept.com/2016/08/15/documents-confirm-cia-censorship-of-guantanamo-trials/>



secret défense *a posteriori* par l'agence de renseignement, soulève des questions essentielles sur l'identité de celui qui a réellement le dernier mot en matière de transparence de la procédure, puisque ce n'est pas le juge lui-même.



Par exemple, cet extrait du procès-verbal relatif à une audience devant une commission militaire²² : initialement public et même posté en direct sur Twitter par la journaliste Carol Rosenberg du *Miami*

22. États-Unis contre KSM *et al.*, PV 9114 (30 oct. 2015).

23. Ainsi, le Dr Robinson, co-auteur de cet article et avocat de défense à Guantanamo, ne peut ni confirmer ni infirmer les observations de la CEDH ou de toute autre source émettant des suppositions sur la localisation géographique des prisons secrètes de la CIA. Les discussions relatives à la décision de la CEDH dans l'affaire *al-Nashiri* dans cet article

Herald, ce document a été *a posteriori* classé secret défense et censuré de la façon suivante, malgré sa disponibilité continue sur le réseau social.

Un autre exemple concerne des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 2014, selon lesquels plusieurs États membres violaient l'interdiction de la torture en autorisant la CIA à gérer des prisons secrètes sur leur territoire. M. al-Nashiri, qui encourt actuellement la peine de mort à Guantánamo, est à l'origine de l'une des affaires portées devant la CEDH, qui lui a octroyé 100 000 euros de dédommagements pour les tortures infligées. Pourtant, si ses avocats souhaitent introduire cette décision devant la commission militaire pour appuyer ses allégations de torture, le nom de l'affaire doit être censuré, puisque le nom des États dans lesquels opéraient les prisons secrètes constitue encore aujourd'hui une information classée aux États-Unis²³.

2 - Des avocats de la défense sous contrôle

La composition de l'équipe de défense d'un accusé diffère selon que ce dernier encourt ou non la peine capitale. Si l'accusé ne risque pas la peine de mort, son équipe est beaucoup plus restreinte que dans le cas

constituent une simple reconnaissance de l'existence d'un document public, et ne doivent en aucun cas être interprétées comme une confirmation ou une infirmation de la part du Dr Robinson des « faits », des « allégations » ou de tout autre « contenu » de la décision de la Cour classés ou non par le gouvernement américain.

contraire. Il reçoit un défenseur militaire et un défenseur civil, une petite équipe de soutien et le concours éventuel d'experts sur demande. S'il encourt la peine de mort, il a besoin d'un avocat ayant déjà une expérience dans ce type d'affaires, d'un défenseur militaire, d'une équipe de soutien plus large, des spécialistes du contentieux, voire de certains experts spécialisés sur demande. Ces affaires coûtent manifestement plus cher au gouvernement, même si elles peuvent, dans les faits, produire des résultats identiques vu le temps extrêmement long de la procédure et vu que la peine de réclusion à perpétuité n'est pas assortie d'une possibilité de libération conditionnelle.

Compte tenu des restrictions nécessaires à la protection de la sécurité nationale, les membres de l'équipe de défense, aux prises avec une profusion d'informations classées secret défense relatives aux tortures infligées par la CIA, se retrouvent dans une situation délicate entre les accusés et le monde extérieur. Sans habilitation de sécurité, un membre de l'équipe de défense ne pourra avoir accès au client, examiner les documents essentiels, assister aux réunions sensibles, ni même partager un bureau avec ses collègues. L'obtention des habilitations nécessaires s'est souvent révélée être un parcours du combattant, suscitant par là des perturbations inhérentes pour le travail

de défense : c'est en effet le gouvernement américain qui décide d'octroyer ou non une habilitation de sécurité à un membre potentiel de l'équipe de défense, et qui détermine les informations qu'il ou elle « a besoin de connaître ». Les membres de l'équipe de défense travaillent constamment sous la menace de se voir révoquer leur habilitation par l'agence de renseignement. Certains personnels ont dû quitter leurs fonctions après avoir perdu leur habilitation. Par exemple, il a été reporté que l'une

« Si l'accusé ne risque pas la peine de mort, son équipe est beaucoup plus restreinte que dans le cas contraire. Il reçoit un défenseur militaire et un défenseur civil. S'il encourt la peine de mort, il a besoin d'un avocat ayant déjà une expérience dans ce type d'affaires, d'un défenseur militaire, d'une équipe de soutien plus large. »

des avocates de la défense ayant participé aux procédures en Europe devant le CEDH a perdu son habilitation de sécurité, perdant ainsi la capacité de rencontrer son client²⁴. En juillet 2013, le gouvernement des États-Unis a révoqué l'accès des équipes de défense à certains systèmes informatiques importants, qui servaient d'espaces de stockage des informations classées. Ces systèmes demeurent pourtant ouverts au ministère public, et, plus largement, au ministère de la Défense et aux agences de renseignement²⁵.

24. États-Unis contre al-Nashiri, 15 nov. 2013, AE-178, *Defense Motion for Appropriate Relief - to Grant Mr. al-Nashiri Access to Expert Consultant or Abate Proceedings* [Requête de la défense visant à obtenir une réparation appropriée – faciliter l'accès de M. al-Nashiri à un consultant expert ou prononcer

l'annulation de la procédure] ; PV 2549 et 3357-3368.

25. AE-356(AAA), 6 avr. 2015, *Motion to Compel Production of Discovery Regarding Revocation of Access to Classified Networks* [Requête visant à imposer la communication de pièces concernant la révocation de l'accès aux réseaux classés].

D'autres méthodes plus indirectes ont été mises en œuvre pour renforcer davantage les restrictions imposées aux équipes

« Les équipes de défense font l'objet d'une surveillance régulière, tant à l'intérieur du camp de Guantánamo qu'à l'extérieur. »

de défense. Le gouvernement contrôle le financement au cas par cas réservé aux experts de la défense, et exige une explication détaillée de l'objectif de leur intervention. Les experts eux-mêmes doivent obtenir une habilitation de sécurité le cas échéant, ce qui empêche la défense d'avoir recours à des citoyens non américains dans le cadre de son travail sensible mais essentiel, malgré le fait que les accusés eux-mêmes soient des citoyens étrangers qui n'ont jamais eu droit d'adresser de communication à leur consulat.

Le fait que les clients se trouvent à Guantánamo alors que leurs avocats sont basés aux États-Unis entrave le fonctionnement de l'équipe de défense et la relation avocat-client. Le courrier est autorisé, mais analysé pour déterminer si des informations classées y sont communiquées ; les appels téléphoniques sont quant à eux interdits. Par conséquent, pour que l'accusé puisse avoir une conversation nuancée et significative avec ses avocats, les membres de l'équipe de défense doivent demander à l'administration pénitentiaire l'autorisation

de le rencontrer, et se rendre en avion à Guantánamo. Les rencontres avocat-client sont interdites dans le bâtiment secret connu sous le nom de Camp 7 où sont hébergés les accusés. Ceux-ci n'ont le droit de rencontrer leur équipe de défense que dans un établissement hors site connu sous le nom de Camp Écho, qui ne peut être décrit ici.

Les équipes de défense font l'objet d'une surveillance régulière, tant à l'intérieur du camp de Guantánamo qu'à l'extérieur. En janvier 2013, alors que certains avocats de la défense se trouvaient dans une pièce avec leur client, l'un d'entre eux s'est mis debout sur une chaise pour examiner un « détecteur de fumée », et s'apercevoir qu'il s'agissait en réalité d'un dispositif d'écoute. Les clients ont donc commencé à réfléchir deux fois avant de s'exprimer franchement devant leurs défenseurs, et cessé de croire en l'existence du secret professionnel²⁶. De même, à de nombreuses reprises au fil des années, le gouvernement a saisi dans les cellules des accusés des notes prises lors des rendez-vous avec les avocats. Ces documents ont ensuite été envoyés à des « personnes anonymes pour évaluation, traduction ou à d'autres fins non précisées » avant de leur être rendus. Des documents protégés par le secret professionnel ont même été saisis dans les cellules alors que les accusés se trouvaient devant le juge²⁷.

26. AE-367 (MAH), 22 juill. 2015, *Motion to Dismiss Because National Security Considerations Make A Fair Trial Impossible* [Demande de non-lieu due au fait que les questions de sécurité nationale rendent impossible la tenue d'un procès équitable].

27. États-Unis contre KSM *et al.*, PV 2426-29 (13 févr. 2013) et PV 2435-41, 2444-45, 2564 (14 févr. 2013).

Il existe des preuves selon lesquelles le gouvernement aurait tenté d'infiltrer au moins une équipe de défense avec l'aide d'un informateur clandestin du FBI ²⁸. Cette révélation a retardé la procédure de plus d'un an, au cours duquel a été menée une enquête classée secret défense sur les équipes de défense, qui n'a toutefois abouti à aucune mesure disciplinaire ou juridique. Plus stupéfiant encore, certains accusés ont reconnu un interprète assigné à une équipe de défense (et inconnu de celle-ci) qui avait travaillé pour la CIA lors de leur détention secrète, fait que le ministère public a par la suite admis ²⁹.

3 - Rétention et destruction d'éléments de preuve classés secret défense

Le gouvernement, et par extension le ministère public, détermine quels éléments de preuve sont « pertinents, nécessaires et non-cumulatifs » et pourront ainsi être examinés par l'avocat de la défense, mais également par le juge. Ce processus existe pour permettre à l'accusation de soumettre la synthèse d'un élément de preuve classé secret défense au juge, avec son original, afin que celui-ci décide s'il s'agit ou non d'un succédané suffisant (qui restera proba-

blement, lui aussi, classé secret défense). Le ministère public a toutefois fait clairement comprendre au juge qu'il n'aura pas accès à tous les éléments de preuve ³⁰ ; ses décisions portant sur le fait de savoir si les succédanés sont « suffisants » ou non sont par conséquent prises en l'absence éventuelle d'autres preuves connexes essentielles à l'évaluation. Ainsi, le ministère public a informé le juge qu'elle ne mettrait *jamais* à sa disposition certains détails essentiels sur les prisons secrètes de la CIA, la sécurité nationale étant plus importante que n'importe quelle conséquence négative liée à la rétention de ces informations pendant le procès.

La nature problématique des preuves classées secret défense revêt en outre un niveau supplémentaire : les accusés n'ont pas l'habilitation de sécurité et ne peuvent par conséquent être informés des éléments classés secret défense utilisés contre eux ou les examiner eux-mêmes, ce qui leur ôte en partie la capacité à participer à leur propre défense. Par mesure de prudence, les accusés ne sont pas autorisés à se trouver dans la salle d'audience lorsque les débats portent sur les éléments de preuve classés secret défense, même s'ils concernent les tortures qu'ils ont endurées, ce qui englobe toute déclaration compromettante classée

28. AE-292, 13 avr. 2014, *Emergency Joint Defense Motion to Abate Proceedings and Inquire into Existence of Conflict of Interest Burdening Counsel's Representation of Accused* [Requête d'urgence conjointe de la défense visant à annuler la procédure et à demander la tenue d'une enquête sur l'existence d'un conflit d'intérêt au sein de l'équipe représentant l'accusé].

29. Voir par exemple AE-350N, 26 mai 2015, *Government*

Response to Defense Motion to Compel Access to Information Necessary to File Supplement to AE-350C [Réponse du gouvernement à la requête de la défense visant à exiger l'accès aux informations nécessaires pour déposer un addendum à la requête AE-350C].

30. États-Unis contre KSM *et al.*, PV 10963-10972 (23 févr. 2016).



prononcée contre eux ou par eux « recueil-
lie » par la torture ou par oui-dire « dans
l'intérêt de la justice », ces deux moyens

**« Il ressort clairement que le cadre de sécurité
nationale a été mis en place pour éviter
la publication des informations relatives
aux tortures pratiquées par la CIA. »**

étant recevables en vertu des règles d'ad-
ministration de la preuve en vigueur dans
les commissions militaires.

Conclusion

Le régime imposé aux cours militaires
en matière de sécurité nationale représente
un obstacle majeur à l'existence même de
ces procès. Les accusés de Guantánamo
sont détenus depuis plus de 15 ans dans
l'établissement pénitentiaire le plus sécurisé
jamais construit, et leur connaissance du
monde extérieur est filtrée par la censure

du gouvernement. Il ressort clairement que
le cadre de sécurité nationale a été mis en
place pour éviter la publication des infor-
mations relatives aux tortures pratiquées par
la CIA. Si les détails relatifs au programme
de torture de la CIA étaient déclassifiés,
il n'existerait que peu, voire pas du tout,
d'exceptions de sécurité nationale pendant
le procès. C'est ainsi que les commissions
militaires de Guantánamo ont subi l'effet
Frankenstein, l'expérience donnant nais-
sance à un monstre prenant le contrôle sur
tout le reste. La manifestation de la justice
est tellement détournée par l'existence de
tortures que les procédures établies semblent
s'écrouler sous leur propre poids. Et contrai-
rement au monstre de Frankenstein, qui
s'échoue loin de tous en Arctique dans le
roman écrit par Mary Shelley sur les rives
du lac de Genève, Guantánamo devrait
vivre parmi nous pendant de longues années
encore, à en croire les déclarations du
Président Trump.



L'EXAMEN

Épître aux étudiants en droit par un avocat

“**Q**ue je plains votre sort, pauvres étudiants !
Pendant un long séjour d'au moins trois ou
quatre ans,

Groupés sous le quinquet d'un salon littéraire,
Des bouquins il faudra dévorer la poussière !
Mais au lieu de pâlir sur les commentateurs,
Allez suivre les cours d'excellents professeurs ;
Allez y butiner : imitez les abeilles.

Là vous n'avez besoin que de vos deux oreilles :
Modestement assis sur des bancs *pas trop durs*,
Des profondeurs du droit les points les plus obscurs
Se transforment pour vous en brillants météores,
Et la science infuse entre par tous les pores.

Allez, allez aux cours : car moi, pauvre rimeur,
Qui m'expose au courroux de plus d'un professeur,

J'y vais, j'y vais encore, et, je vous le confesse,
Si je suis assidu c'est par pure paresse.
Là vous verrez de près un auteur estimé
Pour un vingtième tome au loin très-renommé :
Et si pendant le cours il vous lit son ouvrage,
Vous avez avec lui cet immense avantage
Que, s'il tombe malade, on peut, sans déshonneur,
Prendre pour suppléant son libraire-éditeur.
Son collègue, il est vrai, d'un ton soporifique
Ergotant sur la loi qu'avec soin il explique,
Et s'agitant sans cesse, en arrière, en avant,
Comme pour couper l'air ou pour scier le vent,
Semble un petit rabbin priant en synagogue.
Allez, et vous verrez : ceci n'est qu'un prologue. »

Granville (1803-1847)

DALLOZ
www.dalloz.fr



Réf. : 621802

917829961218027