

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE RÔLE DES CONSEILLERS JURIDIQUES DE GEORGE W. BUSH
DANS L'UTILISATION DE LA TORTURE
COMME OUTIL ANTITERRORISTE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN SCIENCE POLITIQUE

PAR
VÉRONIQUE BOURBEAU

JUILLET 2008

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

La rédaction de ce mémoire n'aurait jamais été possible sans le soutien des nombreuses personnes qui me sont chères. J'aimerais d'abord et avant tout remercier le Professeur Charles-Philippe David, d'une part, de m'avoir ouvert les portes de l'Observatoire sur les États-Unis de la Chaire Raoul-Dandurand, un milieu fort encourageant et intellectuellement stimulant puis, de l'autre, de m'avoir fait découvrir un sujet passionnant, souvent désillusionnant et désarmant. Je le remercie du fond du cœur pour sa présence, son professionnalisme, sa générosité et son amitié. Merci à Élisabeth Vallet qui m'a convaincue de l'importance, dans la démarche intellectuelle, de rédiger un mémoire. Dès notre rencontre, elle a cru en moi et m'a constamment poussée à parfaire mes connaissances et à relever de nouveaux défis.

Merci à Lise Fortin et Serge Bourbeau, parents irremplaçables et exemplaires, qui m'ont toujours encouragée dans toutes mes entreprises, qui n'ont jamais douté de mes capacités et qui m'ont inculqué les plus belles valeurs, de la patience au dépassement de soi. Je vous remercie d'être ce que vous êtes et de votre présence inconditionnelle à mes côtés. Merci à ma grand-mère Solange qui m'a transmis la force nécessaire dans les moments les plus difficiles.

Merci à Joël Plouffe, Frédérick Gagnon, Jean-Philippe Adam et Pierre-Louis Malfatto pour leurs relectures assidues et leurs commentaires éclairants, ainsi qu'à l'ensemble des membres de la Chaire Raoul-Dandurand pour leur soutien indéfectible et leur joie contagieuse : Nicolas Riendeau, Olivier Quenneville, Pierre-Olivier Garand, Julien Tourreille, Julie Médam, Julien Saada, Céline Huyghebaert, Marie-Chantal Locas, Greg Robinson et Linda Bouchard. Enfin, merci à mes amis qui ont écouté, sans relâche, mes commentaires sur Guantanamo et Abou Ghraib. Marie-Camille Genet, Catherine Daviau, Véronique Duchesne, Nancy Audet, Marie-Josée Bouchard, Marie-Hélène Paquette et Andrew Deschênes, je vous remercie pour votre compréhension sans limite.

J'espère être parvenue à sensibiliser le lecteur à la question des droits humains et le conscientiser quant à l'importance de ne pas se fier aux apparences car elles sont, plus souvent qu'autrement et bien malheureusement, trompeuses.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	i
RÉSUMÉ.....	v
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	vi
INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

LE « NOUVEAU PARADIGME » DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME	21
--	-----------

CHAPITRE I

LES ARTISANS DE LA REDÉFINITION DE LA TORTURE DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME	21
---	----

1. Un conseil de guerre émergeant.....	21
1.1 L'émergence du Bureau du conseil juridique après le 11 septembre 2001	21
1.1.1 Le rôle particulier du Bureau du conseil juridique.....	21
1.1.2 L'autoproclamé « conseil de guerre » et le conseiller du président	23
1.1.3 L'émergence inopinée du BCJ après 2001 : quelques explications	26
1.2 La prépondérance du conseiller juridique de la vice-présidence.....	28
1.2.1 Un duo vice-présidentiel tout-puissant.....	28
1.2.2 L'Exécutif unitaire et la séparation des pouvoirs.....	31
2. D'importants opposants marginalisés	34
2.1 Des juristes militaires rabroués par le département de la Défense	34
2.2 Le combat du conseiller général de la Marine.....	35
2.3 Le Département d'État et le Conseil pour la Sécurité nationale ignorés.....	36

CHAPITRE II

L'ACTUALISATION CONTROVERSÉE DE LOIS PRÉEXISTANTES.....	39
---	----

1. La réinterprétation des Conventions de Genève.....	39
1.1 La particularité du conflit avec les Talibans et Al-Qaïda en Afghanistan.....	40
1.2 L'inapplication des Conventions de Genève à Al-Qaïda	44
1.3 Le droit de Genève et les milices talibanes	46
1.4 Le président et les combattants illégitimes.....	51
2. Une redéfinition de la torture répondant aux nouveaux besoins antiterroristes	53
2.1 Un outil pour le renseignement américain.....	53
2.1.1 Un « nouveau paradigme ».....	53
2.2 Une définition plus flexible.....	55
2.2.1 L'intention spécifique.....	55
2.2.2 La douleur et la souffrance sévères	56
2.2.3 La douleur et la souffrance psychologiques sévères	57
2.2.4 Éviter les problèmes constitutionnels et protéger le personnel américain	59

DEUXIÈME PARTIE
LES FACTEURS EXPLICATIFS DE L'INSTITUTIONALISATION DE
LA TORTURE PAR LES CONSEILLERS JURIDIQUES DE G.W. BUSH.....63

CHAPITRE I
UN APPAREIL BUREAUCRATIQUE SOUMIS À L'INFLUENCE
DES CONSEILLERS JURIDIQUES DE L'EXÉCUTIF 63

1. Des rivalités organisationnelles au service de la stratégie des conseillers juridiques pour la torture 63
 - 1.1 Des positions départementales aux antipodes 63
 - 1.2 Une marginalisation effective des dissidents 65
 - 1.2.1 L'exclusion du Département d'État..... 65
 - 1.2.2 Le Conseil pour la Sécurité nationale (NSC) 68
 - 1.2.3 Les militaires de l'Armée et de la Défense 70
 - 1.2.4 Un refus délibéré de collaborer avec le Congrès..... 72
2. Un Exécutif dépendant de ses conseillers juridiques 74
 - 2.1 La théorie de l'influence des conseillers 75
 - 2.2 Un style présidentiel favorable aux conseillers juridiques 78
 - 2.2.1 Un président peu actif lors du processus décisionnel 80
 - 2.2.2 Un optimisme ancré dans une vision arrêtée du monde 81

CHAPITRE II
LES ERREURS PERCEPTUELLES DE L'ÉLITE-CONSEIL À L'ORIGINE
DE LA REDÉFINITION DE LA TORTURE..... 84

1. Des erreurs de perception affectant le processus décisionnel..... 84
 - 1.1 L'influence de la perception du monde par l'administration Bush 85
 - 1.1.1 Une lecture particulière de l'environnement politique et du terrorisme 85
2. Des stratégies psychologiques au service de la redéfinition de la torture 88
 - 2.1 La redéfinition de la torture au nom de principes idéologiques rigides 88
 - 2.1.1 La transposition de la « doctrine Bush » 89
 - 2.1.2 L'omniprésence de la « doctrine Cheney » 91
 - 2.1.3 La nécessité du « *forward-leaning* » 92
 - 2.1.4 Une fenêtre d'opportunité pour la poursuite d'agendas personnels 94
 - 2.2 La pensée groupale et les pressions constantes en faveur du conformisme..... 95

CONCLUSION 101

ANNEXE 109

Annexe A : Colin L. Powell, Draft Decision Memorandum for the President on the Applicability of the Geneva Convention to the Conflict in Afghanistan, 26 janvier 2002..... 109

Annexe B : William H. Taft IV, Attachment, <i>Comments on Your Paper on the Geneva Convention</i> , Memorandum to the Counsel to the President, 2 février 2002.....	113
Annexe C : John Ashcroft to the President, [Sans titre], 1 ^{er} février 2002	115
Annexe D : George W. Bush, <i>Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees</i> , Memorandum for the Vice-President, the Secretary of State, the Secretary of Defense, the Attorney General, Chief of Staff to the President, Director of Central Intelligence, Assistant to the President for National Security Affairs, Chairman of the Joint Chiefs of Staff, 7 février 2002	117
Annexe E : Alberto R. Gonzales, <i>Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict With Al Qaeda and the Taliban</i> , Memorandum for the President, 25 janvier 2002.....	118
Annexe F : John Yoo, Letter regarding ‘the views of our Office concerning the legality, under international law, of interrogation methods to be used on captured al Qaeda operatives’, Mémorandum adressé à Alberto Gonzales, 1 ^{er} août 2002.	122
Annexe G : William J. Haynes II, <i>Counter-Resistance Techniques</i> , Memorandum for Donald Rumsfeld, 27 novembre 2002.....	129
Annexe H : Donald Rumsfeld, <i>Counter-Resistance Techniques</i> , Memorandum for Commander USSOUTHCOM, 15 janvier 2003.....	130
TABLE DE BIBLIOGRAPHIE	131
BIBLIOGRAPHIE	132

RÉSUMÉ

Dans l'après-11 septembre 2001, le gouvernement de George W. Bush est particulièrement préoccupé par la possibilité que de nouvelles attaques se reproduisent en territoire américain. Afin d'éviter cette éventualité, les décideurs de Washington déclarent la « guerre contre le terrorisme » qui se déroule, dans un premier temps, en Afghanistan contre le régime taliban puis, dans un second temps, en Irak contre celui de Saddam Hussein. Lors de ces interventions militaires, plusieurs combattants talibans ou membres présumés d'Al-Qaïda sont faits prisonniers, certains déportés aux centres de détention de la base navale de Guantanamo. Ces détenus représentent dès lors une source privilégiée d'informations pouvant contribuer au succès des services de renseignement américains. Constatant l'échec des interrogatoires menés auprès des détenus à Guantanamo, certains décideurs de l'administration Bush vont estimer que le recours à des techniques radicales d'interrogation est nécessaire et justifiable dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Ces méthodes associées à la torture étant toutefois proscrites par le droit fédéral américain et le droit international, l'élite décisionnelle fera appel aux conseillers juridiques de l'administration pour réinterpréter le droit et donner une nouvelle définition à la torture, plus pointue et ouvrant la porte à des actes auparavant interdits. Cette définition désormais légalisée, la nouvelle politique d'interrogation donnera libre cours aux militaires et aux agents de renseignement sur le terrain.

L'objectif de notre mémoire sera d'expliquer comment et pourquoi les conseillers juridiques de l'administration Bush sont parvenus à convaincre le président américain du bien-fondé de la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Pour ce faire, nous recourrons aux approches organisationnelle et perceptuelle. D'abord, nous verrons que ce groupe de conseillers a bénéficié d'un appareil bureaucratique soumis à l'influence des conseillers juridiques de l'Exécutif où se sont déroulées des luttes organisationnelles lors desquelles ils ont mis en œuvre une stratégie de marginalisation des dissidents. Ensuite, nous montrerons que le style présidentiel de G.W. Bush a contribué à la montée en force des conseillers juridiques dans ce dossier. Enfin, nous démontrerons que l'élite-conseil a commis plusieurs erreurs perceptuelles qui seront à l'origine de la nouvelle définition de la torture.

Dans un premier temps, nous présenterons les architectes de cette redéfinition de la torture : leur rôle, leur relation avec le président et leur personnalité, en ayant toujours en tête l'influence majeure de la dimension individuelle lors de la prise de décision. Nous exposerons de plus la réflexion juridique ayant mené à cette nouvelle définition. Dans un second temps, nous mettrons à contribution les facteurs bureaucratique et perceptuel qui expliqueront respectivement comment et pourquoi une décision aussi controversée a été adoptée par l'administration Bush.

Mots clés : États-Unis, torture, politique étrangère américaine, George W. Bush, Richard Cheney, Guantanamo, Abou Ghraïb, Afghanistan, Irak, terrorisme, processus décisionnel, Al-Qaïda, Conventions de Genève.

LISTES DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

ACLU	American Civil Liberties Union
BCJ	Bureau du conseil juridique (Office of Legal Counsel (OLC))
CIA	Central Information Agency
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CITF	Pentagone Criminal Investigation Task Force
FBI	Bureau fédéral d'investigation (Federal Bureau of Investigation)
FIDH	Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme
HRW	Human Rights Watch
JAG	Juge-avocat général (Judge Advocate General)
MEJA	Military Extraterritorial Jurisdiction Act
NSA	Agence de sécurité nationale (National Security Agency)
NSC	Conseil de sécurité nationale (National Security Council)
OMTC	Organisation mondiale contre la torture
ONU	Organisation des Nations unies
OTAN	Organisation du traité Atlantique-Nord
POW	Prisonnier de guerre (Prisoner of war)
PPDA	Parti populaire et démocratique d'Afghanistan
WTC	World Trade Center

*However, I stand for 8-10 hours a day.
Why is standing limited to 4 hours?*
- Donald Rumsfeld

Note écrite sur le memorandum
« Counter-Resistance Techniques »,
27 novembre 2002

INTRODUCTION

Suite au 11 septembre 2001, afin que d'autres attentats similaires à ceux du World Trade Center (WTC) ne se reproduisent plus, l'administration de George W. Bush choisit d'adopter des mesures antiterroristes qualifiées de « radicales » et d' « inévitables ». En effet, certains proches conseillers du président suggèrent qu'il faut, pour maximiser les bénéfices des nouvelles politiques et pour pallier la déficience des services de renseignement américains, envisager le recours à des méthodes d'interrogation draconiennes associées à la torture.

La perception de l'après-11 septembre 2001 comme un contexte de danger imminent forcera les conseillers du Bureau du conseil juridique (BCJ)¹ à réévaluer les définitions existantes de la torture. Ces conseillers chercheront à en redéfinir clairement les balises juridiques pour permettre aux agents américains sur le terrain de savoir ce qui est proscrit par la loi. Viendront par la suite plusieurs mémos controversés qui seront échangés entre la Maison Blanche, le ministère de la Justice, le département de la Défense et la vice-présidence.

La littérature sur la redéfinition de la torture suggère que certains acteurs de l'administration Bush, dont le secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld et celui de la Justice John Ashcroft – avec la collaboration du BCJ et d'Alberto Gonzales (le conseiller juridique du président) – auraient délibérément créé un environnement juridique permettant et justifiant l'utilisation de la torture. En ce sens, Rumsfeld et

¹ Organe peu connu de l'administration américaine, le Bureau du conseil juridique (*Office of Legal Counsel (OLC)*) fait partie du ministère de la Justice. Composé de juges (certains devenus plus tard juges en chef de la Cour Suprême (William Rehnquist et Antonin Scalia), d'avocats et d'universitaires spécialisés en droit international, en droit constitutionnel, en droit de la guerre et en matière de pouvoirs présidentiels, le BCJ est l'un des bureaux juridiques les plus influents de la bureaucratie américaine. Il assiste le secrétaire à la Justice (Attorney General) dans ses fonctions de conseiller juridique du président et des agences de la branche exécutive. En plus de rédiger des opinions juridiques du secrétaire à la Justice, le BCJ fournit aussi ses propres opinions à la demande du conseiller du président ou de diverses agences de la branche exécutive.

Ashcroft ont signé la mise en place d'un système de détentions et d'interrogatoires ouvrant la porte à des actes de torture².

La torture au nom de la lutte contre le terrorisme?

Se prononçant sur la flexibilité opérationnelle considérable accordée à la CIA après le 11 septembre 2001, l'ancien directeur du Centre antiterroriste de la CIA (*CIA Counterterrorism Center*) Cofer Black affirme qu'« il y a eu un avant 11-septembre et un après-11 septembre. Après le 11 septembre, les gants sont tombés »³. Il appert qu'après ce jour, le gouvernement américain constate l'échec retentissant du renseignement américain. La lutte contre le terrorisme exige désormais, d'après l'administration Bush, un service de renseignement plus efficace pour déjouer de futurs attentats. Dans cette optique, les membres d'Al-Qaïda, ayant été faits prisonniers en Afghanistan, à Guantanamo ou en Irak, représenteraient une source privilégiée d'information à exploiter. De ce fait, plusieurs conseillers de l'administration américaine choisirent la torture comme un outil nécessaire pour lutter contre le terrorisme.

Pour les conseillers juridiques de l'administration Bush, l'utilisation de la torture comme forme légitime d'interrogatoire va s'inspirer du débat philosophique appelé le « scénario de la bombe à retardement » (*ticking bomb scenario*) : par exemple, si les freins d'un train cessent de fonctionner et que son opérateur a le choix entre percuter un autobus scolaire rempli d'enfants ou un homme ivre-mort, laquelle des deux options privilégiera-t-il ?⁴ Proposée par Alan Dershowitz, cette analogie constituerait l'argument central de la torture comme

² Des cas de torture ont été relevés dans plusieurs camps de détention américains, dont les plus connus sont les camps Rédemption à Abou Ghraïb en Irak et X-Ray à Guantanamo, auxquels s'ajoutent ceux de Cropper, Bucca, Justice et Bagram entre autres. Voir à ce sujet Lila Rajiva, *The Language of Empire: Abu Ghraib and the American Media*, New York: Monthly Review Press, 2005, p. 150.

³ Témoignage de Cofer Black devant le Comité de la Chambre des Représentants et du Sénat sur le renseignement, « Investigation sur le 11 septembre », 5^e audience publique, 26 septembre 2002. Disponible [en ligne] : http://www.fas.org/irp/congress/2002_hr/index.html#joint5 (consultée le 4 janvier 2008).

⁴ Alan Dershowitz, *Why Terrorism Works*, New Haven : Yale University Press, 2002, p. 132.

méthode légitime de lutte contre le terrorisme. Ainsi, elle illustre « l'éthique du moindre mal » (*lesser evil ethics*) selon laquelle, en situation d'urgence, les décideurs sont contraints à trancher. D'après certains auteurs, dans des situations exceptionnelles, la torture demeure l'option la moins immorale⁵. Dans la littérature, ce débat isole les partisans de l'approche utilitariste de ceux de l'approche déontologique invoquant Emmanuel Kant⁶. Les utilitaristes affirment que l'action choisie doit maximiser les bénéfices. Ainsi, dans le cas où la torture infligée à une seule personne pourrait épargner de nombreuses vies, la survie d'une population doit être privilégiée aux dépens de la souffrance d'un individu. En ce sens, « la torture est évidemment justifiée quand elle est le seul moyen de prévenir un danger sérieux ou imminent »⁷.

D'autres auteurs évoquent la « doctrine de l'urgence suprême » (*supreme emergency doctrine*). D'après Michael Walzer, la violation des droits de personnes innocentes est justifiable lorsqu'un État-nation est menacé : le danger doit cependant s'attaquer non pas à quelques individus, mais bien à l'existence même de l'État ou d'un groupe culturel⁸. Ainsi, le droit limité de recourir à la torture doit être reconnu comme une exception à son rejet moral et légal au niveau international⁹. Cependant, les défenseurs de la torture estiment que celle-ci ne doit être utilisée que dans certains cas. Rejetant le recours à la torture pour des fins de confession ou de persuasion, ils affirment que l'obtention d'informations permet

⁵ Michael Ignatieff, *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Edimbourg: Edinburgh University Press, 2004, p. 140.

⁶ L'exemple classique des débats sur l'utilisation de la torture comme arme de guerre (surtout dans le monde arabe) est la crise soulevée en France pendant la guerre d'Algérie. Elle est d'ailleurs l'objet du livre *La torture dans la République* de l'historien Pierre Vidal-Naquet.

⁷ Michael Levin, « The Case for Torture », *Newsweek*, 7 juin 1982, p. 7 [traduction libre par l'auteur].

⁸ Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, 2^e édition, New York: Basic Books, 1992, chapitre 16.

⁹ Alex J. Bellamy, « No Pain, No Gain? Torture and Ethics in the War on Terror », *International Affairs*, Vol. 82, No. 1, 2006, p. 131. Certains partisans de la torture, comme le journaliste Jonathan Alter, proposent même la légalisation de la torture psychologique. Voir l'un de ses articles : Alter, Jonathan. « Time to Think About Torture », *Newsweek*, 5 novembre 2001.

de justifier l'utilisation de méthodes d'interrogation radicales. Ces situations doivent cependant réunir trois conditions : premièrement, la torture doit être l'unique moyen d'obtenir l'information ; deuxièmement, les autorités doivent être convaincues que le prisonnier détient l'information convoitée ; troisièmement, ces autorités doivent être persuadées que l'information connue par le détenu correspond à un danger imminent¹⁰.

Alors que le Colonel Lawrence Wilkerson, chef de cabinet du secrétaire d'État Colin Powell, parle de l'élaboration de la nouvelle politique d'interrogation de l'administration Bush comme d'un complot de la Maison Blanche¹¹, plus tôt, en janvier 2005, Mark Danner intitule un article du *New York Times* « Nous sommes tous des tortionnaires désormais »¹². La redéfinition puis l'utilisation de la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme fait indubitablement objet d'indignation et de contestation.

Ceux qui s'opposent vertement à l'utilisation de la torture¹³ s'inspirent de trois prémisses de base : l'idée selon laquelle le recours à la torture présente des résultats satisfaisants est indéniablement fausse et irrecevable; la torture viole le droit des non-combattants à l'immunité ; et finalement, le recours à la torture afin

¹⁰ F. Allhoff, *Op. cit.*, p. 251-252.

¹¹ Democracy Now ! « Colin Powell's Former Chief of Staff Col. Wilkerson on Prewar Intel, Torture and How a White House 'Cabal' Hijacked U.S. Foreign Policy », entrevue accordée le 22 novembre 2005. Disponible [en ligne] : http://www.democracynow.org/2005/11/22/colin_powells_former_chief_of_staff (consultée le 21 avril 2008).

¹² Mark Danner, « We Are All Torturers Now », *The New York Times*, 6 janvier 2005. Disponible [en ligne] : http://www.nytimes.com/2005/01/06/opinion/06danner.html?_r=1&pagewanted=print&position=&oref=slogin (consultée le 21 avril 2008).

¹³ En effet, plusieurs acteurs de la scène politique américaine rejettent les positions adoptées par les conseillers juridiques du président Bush. Parmi ces opposants, on retrouve des groupes de défense des droits individuels comme l'American Civil Liberties Union (ACLU), Amnesty International USA, la New York Civil Liberties Union et la New York Bar Association. Certains acteurs au sein même de l'administration américaine manifestent leur désaccord : tel est le cas de Colin Powell et de William H. Taft IV du Département d'État ou du Général John A. Gordon, assistant de l'ancienne conseillère pour la Sécurité nationale Condoleezza Rice.

d'obtenir des informations nécessaires pour des fins militaires crée un précédent instrumentalisé par d'autres États¹⁴.

Le nombre d'organisations dénonçant la torture augmente en flèche dès 2001¹⁵, tout comme la quantité de documents sur le traitement douteux des prisonniers. Ainsi, le rapport de *Human Rights Watch (HRW)* daté de 2006 accuse les États-Unis de porter atteinte aux droits humains. Pour HRW, « la torture et les mauvais traitements font partie intégrante de la stratégie antiterroriste de l'administration Bush »¹⁶. Pourtant, les décideurs américains se défendent bien de telles accusations et soulignent que les États-Unis sont en situation de conflit armé et respectent *de facto* les lois et coutumes de guerre. Or c'est justement cette définition de « guerre » qui éveille les esprits : le 11 septembre 2001 représente-t-il vraiment une déclaration de guerre?

Crime ou guerre?

La nature exceptionnelle de l'attentat perpétré contre les États-Unis le 11 septembre 2001 complexifie inéluctablement l'élaboration d'une définition précise du terrorisme. Pourtant, celle-ci demeurera néanmoins essentielle pour l'administration Bush puisqu'elle détermine inévitablement les moyens à adopter pour mettre fin à ce phénomène.

Dans la foulée des événements de septembre 2001, le président Bush ordonne au régime taliban qui gouverne l'Afghanistan – et soupçonné d'héberger et d'encourager les membres d'Al-Qaïda – d'extrader Oussama Ben Laden, la tête

¹⁴ A. J. Bellamy, *Op. cit.*, p. 124.

¹⁵ On compte entre autres Human Rights Watch (HRW), la Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH), l'Organisation mondiale contre la torture (OMCT), Amnistie internationale, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), sans oublier les organisations nationales et les internationales.

¹⁶ Human Rights Watch, « Rapport annuel 2006 de HRW: Human Rights Watch dénonce les abus de la « guerre contre le terrorisme », 18 janvier 2006. Disponible [en ligne]: <http://www.aidh.org/ONG/hrw-rapp06.htm#1> (consultée le 8 mars 2008).

dirigeante de l'organisation terroriste ayant revendiqué les attentats contre le WTC. Suite au refus taliban, le Congrès accorde au président le droit de recourir à la force armée contre l'Afghanistan. Cette résolution, qui ne fait référence à aucun État en particulier, précise toutefois :

Le président est autorisé à utiliser toute la force nécessaire et appropriée contre les États, organisations ou personnes qu'il considère ayant planifié, autorisé, commis ou contribué aux attaques terroristes ayant eu lieu le 11 septembre 2001, ou qui hébergent de telles organisations ou personnes, dans l'objectif de prévenir de futurs actes de terrorisme international contre les États-Unis par ces États, organisations ou personnes¹⁷.

Le 20 septembre 2001, le président Bush affirme devant les parlementaires du Congrès que « le 11 septembre 2001, les ennemis de la liberté ont commis un acte de guerre contre [les États-Unis] »¹⁸. Un mois plus tard, il émet un décret présidentiel dans lequel il précise que les attaques perpétrées par les terroristes en sol américain ont créé un état de conflit exigeant le recours aux forces armées. Une première intervention américaine en Afghanistan en 2001 et une seconde en Irak en 2003 découleraient de ce décret. Ce sont deux interventions militaires effectuées dans le cadre de la nouvelle lutte contre le terrorisme du gouvernement Bush.

Cette déclaration de guerre contre le terrorisme suscite, chez les universitaires, un débat sans précédent. Nombre d'intellectuels s'interrogeront sur la justesse d'une telle déclaration et sur la définition que l'on doit donner aux actes de terrorisme international. Ainsi, deux écoles de pensée dominent la littérature contemporaine. D'une part, certains chercheront à définir le terrorisme comme un

¹⁷ George W. Bush, *To authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States*, Public Law 107-40, 107^e Congrès, 1^{ère} session, 14 septembre 2001 [traduction libre par l'auteur].

¹⁸ George W. Bush, *Address to a Joint Session of Congress and to the American People*, 20 septembre 2001. Disponible [en ligne]: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html> (consultée le 10 décembre 2007) [traduction libre par l'auteur].

crime. De l'autre, les auteurs estimeront que les actes terroristes représentent véritablement des actes de guerre¹⁹.

Les tenants du terrorisme considéré comme un crime estiment qu'une guerre ne peut avoir lieu qu'entre deux États-nations. Or, la lutte dans laquelle s'engage le gouvernement américain se déroule contre une organisation transnationale non-étatique ne s'identifiant à aucun pouvoir en place²⁰. Pour les adhérents à cette école, une guerre nécessite deux États belligérants. Lorsque de tels gestes sont posés par des individus, il s'agit d'un crime et non d'un acte de guerre : l'interprétation du terrorisme comme un acte de guerre oblige, par conséquent, à se pencher sur qui a le droit de déclarer la guerre, privilège jusqu'à ce jour réservé aux États²¹. Comme le souligne Bruce Ackerman, définir le terrorisme comme un acte de guerre implique un combat contre une puissance armée susceptible de menacer l'existence même d'un État. Pourtant, dans le cas d'Al-Qaïda, le terrorisme n'est pas le produit de la puissance extrême d'un État conquérant, mais plutôt le fruit du libre-marché dans un monde de haute technologie. En ce sens, la prolifération de technologies destructrices fait perdre à l'État le monopole de la force qu'il détenait autrefois. L'avènement du terrorisme n'est dès lors pas d'ordre religieux ou idéologique, mais bien le résultat d'un changement fondamental dans les relations interétatiques, le marché et les technologies destructrices²².

Si les origines de la lutte contre le terrorisme diffèrent de celles d'une guerre traditionnelle, il en va de même pour ses objectifs. Une guerre vise à forcer le retrait de troupes ennemies d'un territoire disputé ou de remplacer un

¹⁹ Le débat sur la définition du terrorisme n'est pas que théorique ou sémantique. Au contraire, il est fondamental dans l'élaboration de la politique étrangère car sa définition détermine quels seront les outils à employer pour lutter contre ce phénomène.

²⁰ Philip B. Heymann, *Terrorism, Freedom, and Security: Winning Without War*, Cambridge, MA: The MIT Press, 2003, p. 20.

²¹ Brian Frederking, Michael Artime et Max Sanchez Pagano, « Interpreting September 11 », *International Politics*, No. 42, 2005, p. 142.

²² Bruce Ackerman, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven (CT): Yale University Press, 2006, p. 13-14.

gouvernement en place, considéré comme une menace. Toutefois, ces objectifs sont inapplicables à la lutte contre le terrorisme prise dans son cadre général²³. D'après Robert Jervis et Michael Howard, associer une action terroriste à un acte de guerre est une grave erreur. D'abord, cela implique l'emploi de la force militaire, le renseignement et la diplomatie demeurant uniquement au service des forces armées, alors que dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ces éléments constituent une source primaire d'information pouvant réduire les risques d'attentats. Ensuite, une déclaration de guerre offre aux terroristes un statut de belligérant leur octroyant indûment dignité et légitimité²⁴. Enfin, cette qualification sommaire crée un précédent instrumentalisé par d'autres États rivalisant avec des mouvements d'opposition populaires ou des forces d'occupation²⁵.

Opposés à cette conception du terrorisme, d'autres acteurs, qu'ils proviennent de l'administration Bush ou d'ailleurs, définissent plutôt les attentats terroristes comme des actes de guerre. John Yoo, conseiller juridique du BCJ, considère que l'expérience américaine, entre les premiers attentats contre le WTC en 1993 et ceux de 2001, démontre l'insuffisance et l'inefficacité des autorités policières (comme celles du Bureau fédéral d'investigation (FBI)) pour appréhender les présumés responsables d'une attaque après qu'elle ait été commise. D'après Yoo, « le 11 septembre 2001 a prouvé que la guerre contre Al-Qaïda ne peut être gagnée uniquement à l'intérieur du cadre du droit criminel. Les attaques

²³ Bien que l'administration Bush ait précisé que le but de la guerre en Afghanistan était de retirer les Talibans du pouvoir, elle a omis de statuer sur les objectifs de la lutte contre le terrorisme au sens large. Voir à ce sujet Robert Jervis, « An Interim Assessment of September 11: What Has Changed and What Has Not? », *Political Science Quarterly*, Vol. 117, No. 1 (2002), pp. 37-54.

²⁴ Ce statut doit d'ailleurs leur permettre d'être protégés par les Conventions de Genève. Voir Michael Howard, « What's in a Name? How to Fight Terrorism », *Foreign Affairs*, Janvier/février 2002, p. 8.

²⁵ Jervis, Robert. *Op. cit.*

constituaient plus qu'un crime – c'était des actes de guerre »²⁶. Les échecs des autorités policières ouvrent la porte à l'utilisation de mesures plus draconiennes : contrairement au crime, la guerre sous-entend le pouvoir de tuer les ennemis et leurs leaders²⁷.

Comme le présente William H. Taft IV, conseiller juridique en chef au département d'État de 2001 à 2004, l'application du droit de la guerre au conflit contre Al-Qaïda offre à l'administration américaine trois avantages peu négligeables. Premièrement, elle permet d'interroger, sans la présence d'un avocat, les prisonniers pouvant représenter une importante source d'informations sur l'organisation et la planification de futures attaques terroristes, facilitant ainsi le travail des agents de renseignement. Deuxièmement, le droit de la guerre revêt un intérêt particulier dans la lutte contre le terrorisme en offrant la possibilité de détenir des combattants ennemis sans procès jusqu'à la fin du conflit (détention préventive), ce qui limite les possibilités qu'un détenu relâché ne reprenne part aux hostilités. Troisièmement, le droit de la guerre encadre les troupes américaines et assure leur protection. Taft précise même que « cela assure aux combattants détenus un traitement humain ; cela sert de base pour accuser les terroristes de crimes de guerre et les rend redevables quant à la façon dont ils traitent le personnel [américain] qu'ils capturent »²⁸ et que le droit de la guerre permet de faire comparaître les accusés devant une cour sans jury.

Les conséquences de la définition donnée aux actions terroristes sur la façon de lutter contre ce phénomène sont considérables car celles-ci modifient

²⁶ John Yoo, « Commentary : Behind the 'Torture Memos' », UC Berkeley News : Point of View, 4 janvier 2005. Disponible [en ligne] : http://www.berkeley.edu/news/media/releases/2005/01/05_johnyoo.shtml (consultée le 2 avril 2008).

²⁷ John Yoo, *War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror*, New York: Atlantic Monthly Press, 2006, pp. 2-3.

²⁸ William H. Taft IV, « War Not Crime ». Chap. in Greenberg, Karen J. (éd.), *The Torture Debate in America*, New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 224-225 [Traduction libre par l'auteur]. Il sera question plus loin du rôle de Taft IV dans le processus décisionnel menant à la redéfinition de la torture.

l'interprétation des traités internationaux portant sur la torture et auxquels les États-Unis sont partie prenante.

Les États-Unis et les lois sur la torture

Les contraintes internationales

Bien avant les attaques du 11 septembre 2001, les États-Unis adhèrent à plusieurs traités internationaux visant à définir la torture et à en interdire l'utilisation. Ces traités identifient l'ensemble des définitions de la torture et déterminent les sanctions qui seront imposées aux États fautifs.

La Déclaration universelle des droits de l'homme, signée le 10 décembre 1948 par les États membres des Nations Unies, considère d'abord, dans son article 2, que tous les individus peuvent se prévaloir des droits de cette charte et ce, indépendamment, notamment, de leur ethnie, religion, sexe et langue. Ensuite, l'article 3 accorde à tout individu le « droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne »²⁹. Enfin, l'article 5 dit que « [nul] ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »³⁰ et, comme le précise l'article 9, que « [nul] ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé »³¹.

Après la Seconde Guerre mondiale, les pays membres de l'ONU signent, à Genève en août 1949, quatre textes supplémentaires qui approfondiront les conventions précédentes de 1864, 1906 et 1929³². Ratifiée par les États-Unis en

²⁹ Organisation des Nations Unies. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, résolution 217 A (III), 10 décembre 1948, article 3. Disponible [en ligne] : <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm#3> (consultée le 8 mars 2008).

³⁰ *Ibid.*, article 5.

³¹ *Ibid.*, article 9.

³² Les quatre textes portent sur différents aspects de la guerre : la *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, la *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, la *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* et la *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de*

1955, la Troisième convention s'attarde au traitement des prisonniers de guerre et la Quatrième, au sort des détenus civils, qualifiés de « personnes protégées ». Les 143 articles de la Troisième convention abordent plusieurs questions liées au traitement des prisonniers de guerre et aux conditions de leur détention comme, par exemple, le logement, l'alimentation, l'habillement, l'évacuation, l'hygiène et les soins médicaux. Plus précisément, comme le souligne cette Convention, les prisonniers de guerre doivent être traités humainement en toutes circonstances. Certes, ces prisonniers peuvent être interrogés mais ils ne doivent être soumis à aucune forme de violence ou d'intimidation. En effet, l'article 17 précise à cet effet que :

[...] aucune torture physique ou morale ni aucune contrainte ne pourra être exercée sur les prisonniers de guerre pour obtenir d'eux des renseignements de quelque sorte que ce soit. Les prisonniers qui refuseront de se soumettre aux interrogatoires ne pourront être ni menacés, ni insultés, ni exposés à des désagréments ou désavantages de quelque nature que ce soit [...] ³³.

La torture et le traitement inhumain de prisonniers de guerre ou de personnes protégées constitueraient ainsi des violations graves des Conventions de Genève et seraient considérés comme des crimes de guerre. Les articles 129 et 130 pressent les États membres à adopter des sanctions appropriées afin de poursuivre les personnes ayant enfreint les articles de ce traité : l'État concerné a le devoir de juger les auteurs de crimes de guerre indépendamment de leur nationalité, de celle de la victime ou du lieu où les actes auraient été commis³⁴. De plus, la Quatrième convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre proscrit, tout comme la convention précédente, la contrainte physique ou morale

guerre. Textes intégraux disponibles [en ligne] : site du Comité international de la Croix-Rouge, <http://www.icrc.org/dih.nsf/CONVPRES?OpenView> (consultée le 25 janvier 2007). Pour les fins de ce mémoire, nous nous intéresserons uniquement aux conventions III et IV.

³³ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Convention de Genève relative aux prisonniers de guerre*, Titre III, Section I, article 17, 12 août 1949. Disponible [en ligne] : http://www2.ohchr.org/french/law/convention_geneve.htm (consultée le 4 janvier 2008).

³⁴ *Ibid.*, articles 13, 87, 129 et 130.

pour l'obtention de renseignements ou la torture et sévices corporels commis par le personnel civil ou militaire³⁵.

Les Troisième et Quatrième conventions de Genève ont en commun, par ailleurs, l'article 3 selon lequel :

Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités [...] seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité [...]. À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, [...] : a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; b) les prises d'otages; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable [...]³⁶.

De plus, le 10 décembre 1984, les États-Unis ratifient la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le premier article du document définit la torture comme :

[...] tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite³⁷.

³⁵ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Titre III, Section I, articles 31 et 32, 12 août 1949. Disponible [en ligne] : http://www2.ohchr.org/french/law/personnes_civiles.htm (consultée le 4 janvier 2008).

³⁶ *Convention de Genève relative aux prisonniers de guerre*, titre I, article 3, 12 août 1949.

³⁷ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Résolution 39/46, partie 1, article 1, 10 décembre 1984. Disponible [en ligne] : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.105.fr.pdf> (consultée le 4 janvier 2008). Il importe de souligner que, bien que cette définition soit utile, elle demeure insuffisante à plusieurs égards. En effet, elle ne proscrie pas la torture acceptée par les textes de loi ou les textes religieux dans nombre d'États comme l'Arabie Saoudite, le Soudan, le Nigéria, le Pakistan, la Mauritanie, le Bangladesh ou l'Iran. Ainsi, la lapidation à mort pour crime

En 1977, deux protocoles sont insérés aux Conventions de Genève de 1949 afin d'apporter certaines précisions aux traités déjà en vigueur. En effet, ces documents considèrent les conflits armés contre la domination coloniale et contre l'occupation étrangère comme des conflits internationaux. Il étend de plus la protection accordée au personnel et aux transports sanitaires. Il reprend enfin certaines dispositions consacrées aux hostilités et à la protection des populations civiles³⁸. Parmi les 102 articles du protocole, l'article 75 sur les « garanties fondamentales » prohibe les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, comme « le meurtre, la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale, les peines corporelles, les mutilations, les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur [...] et la menace de commettre l'un des actes précités »³⁹.

Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale considère le recours systématique à la torture comme un crime de guerre et un crime contre l'humanité⁴⁰. Il existe deux autres traités internationaux pour lesquels les États-Unis sont une Haute Partie contractante. Le Minimum standard des Nations Unies pour le traitement des prisonniers de 1955 aborde notamment les conditions de détention des prisonniers comme la température du lieu de détention, les normes

d'adultère n'est pas prohibée par la définition de la torture de 1984. Voir Ezat Mossallanejed, *Torture in the Age of Fear*, Hamilton, ON: Seraphim Editions, 2005, p. 31.

³⁸ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977. Comme les dispositions sur la conduite des hostilités sont élaborées à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle, les modifications y sont apportées afin de permettre aux nouveaux États de prendre part à leur élaboration.

³⁹ *Ibid.* Article 75.

⁴⁰ Cour pénale internationale, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A/CONF.183/9, 17 juillet 1998 amendé par les procès-verbaux en date des 10 novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002. Le Statut est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Voir l'article 7 « Crimes contre l'humanité » définissant la torture comme « le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle », puis l'article 8 « Crimes de guerre » nommant la torture.

d'hygiène, la nourriture et le sommeil⁴¹. Pour sa part, la Convention contre la torture demeure digne d'intérêt lorsqu'il est question des États-Unis. En effet, bien qu'ayant ratifié ladite convention lors de l'Assemblée générale des Nations Unies en 1984, le gouvernement américain a émis certaines réserves quant à la définition de la torture incluse dans le document. En vertu de ces réserves, les États-Unis précisent être soumis à la prévention du traitement cruel, inhumain ou dégradant uniquement si cette définition est la même que celle interdite par la Constitution américaine. De plus, dans leur texte de « réserves », les États-Unis précisent que la souffrance psychologique fait uniquement référence à une douleur mentale prolongée infligée volontairement, causée par l'utilisation ou la menace d'utiliser des substances illicites altérant la pensée, par la menace d'une mort imminente ou qu'une tierce personne subira de tels traitements⁴².

Le poids de la législation américaine

Dans les réserves qu'ils portent à la Convention contre la torture, les États-Unis affirment se soumettre à la prévention du traitement inhumain et cruel seulement si la définition de ces traitements entre dans le champ des Cinquième, Huitième et Quatorzième amendements de leur Constitution. D'abord, le Cinquième amendement empêche l'obligation des personnes de témoigner contre elles-mêmes ou d'être privées de vie, de liberté ou de propriété sans procédure légale régulière⁴³. Ensuite, le Huitième amendement, prohibant le recours au

⁴¹ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Minimum standard des Nations Unies pour le traitement des prisonniers*, résolution 663C (XXIV), 31 juillet 1957 et 2076 (LXII), 13 mai 1977.

⁴² Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, résolution 39/46, 10 décembre 2004. Réserves faites par les États-Unis d'Amérique disponibles [en ligne]: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/73c66f02499582e7c1256ab7002e2533/5d7ce66547377b1f802567fd0056b533?OpenDocument> (consultée le 16 février 2008).

⁴³ Dans la version originale anglaise de la Constitution des États-Unis d'Amérique, le Cinquième amendement se lit ainsi : « No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life,

châtiment cruel ou exceptionnel, peut être interprété comme interdisant la torture illégale aux États-Unis⁴⁴. Par conséquent, aucune agence du gouvernement américain ne peut y recourir sur son territoire ou à l'étranger. Enfin, le Quatorzième interdit aux États l'application de lois pouvant restreindre les privilèges et immunités des citoyens américains⁴⁵. Toutefois, le texte constitutionnel revêt quelques zones grises qui ne répondent pas à certaines questions comme celle de la torture par proxy c'est-à-dire le transfert, par les États-Unis, de prisonniers à des agences de renseignement de pays utilisant la torture comme technique d'interrogation (*extraordinary renditions*)⁴⁶.

En 1996, le Congrès adopte la *Loi sur les crimes de guerre* - dûment signée par le président Bill Clinton – qui va rendre criminel tout acte de guerre (tel que spécifié dans les Conventions de Genève de 1949) commis par le personnel

liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation ». Site du National Constitution Center. Disponible [en ligne] : <http://www.constitutioncenter.org/explore/TheU.S.Constitution/index.shtml#Amendments> (consultée le 3 janvier 2008).

⁴⁴ Dans la version originale anglaise, le Huitième amendement se lit en ces termes : «Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted». Site du National Constitution Center. Disponible [en ligne] : <http://www.constitutioncenter.org/explore/TheU.S.Constitution/index.shtml#Amendments> (consultée le 3 janvier 2008).

⁴⁵ « [...] No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ». Site du National Constitution Center. Disponible [en ligne] : <http://www.constitutioncenter.org/explore/TheU.S.Constitution/index.shtml#Amendments> (consultée le 3 janvier 2008).

⁴⁶ Les détenus, appelés « terroristes de haute importance » (*High Value Terrorists*), sont pour la plupart transférés en Égypte, en Jordanie et au Maroc. Dans certains cas, des prisonniers sont livrés aux agences de renseignement accompagnés d'une liste de questions dont les réponses pourraient être utiles aux services de renseignement américains. On y utilise plusieurs techniques de torture comme les positions debout ou à genoux pendant de longues périodes, l'utilisation de capuches ou de lunettes teintées, afin de confiner le détenu à la noirceur la plus totale, et la privation de sommeil. À ce sujet voir Fritz Allhoff, « Terrorism and Torture », p. 244. Chap. in Timothy Shanahan, *Philosophy 9/11: Thinking about the War on Terrorism*, Chicago IL: Open Court, 2005; Dana Priest et Barbara Gellman, « U.S. Decries Abuse but Defends Interrogations; 'Stress and Duress' Tactics Used on Terrorism Suspects Held in Secret Overseas Facilities », *Washington Post*, 26 décembre 2002, p.A1; Dana Priest et Joseph Stephens, « Secret World of U.S. Interrogation », *Washington Post*, 11 mai 2004, p. A1.

militaire et les civils américains⁴⁷. À même cette loi est enchâssé la *Loi fédérale anti-torture de 1994* selon lequel tout individu recourant à la torture sera puni ou emprisonné pendant un maximum de vingt ans et, si les actions interdites par l'article entraînent la mort d'un ou plusieurs individus, l'accusé est passible de l'emprisonnement à vie ou de la peine de mort. Cette loi s'applique uniquement si la victime (ou l'accusé) est un citoyen américain ou un membre des forces armées américaines⁴⁸. Finalement, le *Military Extraterritorial Jurisdiction Act (MEJA)* de 2000 permet de poursuivre en cour fédérale des civils américains qui, lorsqu'ils étaient à l'emploi des forces armées ou les accompagnaient, ont commis certains crimes⁴⁹.

Avant les événements du 11 septembre 2001, les citoyens américains doivent officiellement se soumettre à ces législations s'appliquant tant aux États-Unis qu'à l'étranger. Toutefois, les attentats de 2001 vont, au nom de la sécurité nationale, ouvrir la porte à la réinterprétation des définitions existantes et enchâssées dans les documents internationaux et nationaux.

Problématique et hypothèses

Ce mémoire veut approfondir la problématique de la lutte bureaucratique entre les principaux conseillers juridiques du président et les agences de l'administration Bush. Comment ceux-ci sont-ils parvenus à convaincre le président américain du bien-fondé de l'utilisation de la torture dans la lutte contre le terrorisme ? Ont-ils bénéficié d'un climat, d'un environnement national et bureaucratique rendus permissifs par la détermination de Bush à déployer tous les efforts nécessaires pour essayer de remporter le combat contre le terrorisme?

⁴⁷ U.S. Code, *War Crimes Act*, loi fédérale 18 U.S.C. § Article 2441, 1996. Disponible [en ligne] : <http://uscode.house.gov/download/pls/18C113C.txt> (consultée le 4 janvier 2008).

⁴⁸ U.S. Code, *Federal Anti-Torture Statute*, loi fédérale 18 U.S.C. § Article 2340A, titre 18, partie 1, chapitre 113C « Torture », 1994. Disponible [en ligne] : <http://uscode.house.gov/download/pls/18C113C.txt> (consultée le 4 janvier 2008).

⁴⁹ 106^e Congrès des États-Unis, *Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000*, Public Law 106-523, 22 novembre 2000. Disponible [en ligne] : <http://www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf> (consultée le 4 janvier 2008).

Pour répondre à ces questions, il est nécessaire d'expliquer les facteurs bureaucratiques et les motivations des conseillers ayant mené, en dernier lieu, au recours à la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme depuis 2001.

Au lendemain du 11 septembre 2001, le « conseil de guerre » (*War Council*), composé d'Alberto Gonzales (conseiller du président), David Addington (conseiller du Vice-président Dick Cheney), Timothy Flanagan (l'adjoint de Gonzales et ancien chef du BCJ sous George H. Bush), William Haynes II (conseiller juridique du secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld) et John Yoo (conseiller juridique du Bureau du conseil juridique), se réunit à toutes les semaines au sein de la Maison Blanche afin de développer des politiques pour combattre le terrorisme⁵⁰. Selon Jack Goldsmith, directeur du BCJ en 2003, le rôle de cet organe se renforce après le 11 septembre 2001 lorsque les conseillers élaborent la stratégie antiterroriste de l'administration Bush. On s'interroge dès lors sur l'émergence inopinée de cet organe dans la prise de décision post-11 septembre 2001. Dans cette perspective, quel a été le rôle des conseillers et comment le BCJ a-t-il procédé pour occuper une place aussi déterminante dans le processus décisionnel à Washington ? Le recours à la torture dans la lutte contre le terrorisme découle-t-il de cette évolution ?

Ce mémoire veut ainsi démontrer que les conseillers juridiques de l'Exécutif ont imprégné, au sein de l'administration Bush, un système de croyances faisant la promotion d'une définition particulière de la torture. Ce système valorise le recours à des mesures extrêmes – comme la torture – que les conseillers considèrent comme indispensables dans la lutte contre le terrorisme. Pour ce faire, ils ont utilisé une stratégie bureaucratique visant à marginaliser d'autres agences gouvernementales afin de faire prévaloir leurs intérêts auprès du président Bush. Ils sont parvenus à mettre en place un appareil d'influence servant à convaincre la présidence du bien-fondé et de l'utilité de la torture pour le renseignement américain. Par ailleurs, ces conseillers ont profité d'un environnement réceptif à

⁵⁰ J. Goldsmith, *Op. cit.*, p. 22.

leur système de croyances et ont joui d'une structure décisionnelle favorable à l'influence des conseillers spéciaux.

Le cadre d'analyse

Les proches conseillers juridiques du président Bush ont joué un rôle déterminant dans la redéfinition de la torture. Leur perception de la menace terroriste et leur interprétation des Conventions de Genève ont donné naissance à certaines idées qu'ils ont fait prévaloir au sein de l'Exécutif.

L'approche organisationnelle

L'approche organisationnelle (ou bureaucratique) estime que l'État est composé d'un ensemble d'organisations qui défendent leurs intérêts aux dépens de l'intérêt national. Selon cette approche, la décision est le fruit d'un consensus entre les diverses organisations, faisant des gagnants et des perdants⁵¹. Eric Stern et Bertjan Verbeek identifient trois types de variables dépendantes justifiant l'utilisation de l'approche bureaucratique dans une étude. Dans le premier cas, les chercheurs tentent de comprendre ou de prédire l'émergence des préférences pour certaines politiques conflictuelles. Dans le deuxième, on souhaite rendre compte de la qualité d'un processus décisionnel. Dans le troisième cas, celui qui s'applique à ce mémoire, l'objectif est de comprendre une décision en matière de politique publique. À cet effet, les questions identifiées sont les suivantes : Pourquoi un choix a-t-il été fait plutôt qu'un autre ? Comment ce choix a-t-il été influencé par la répartition et le jeu de pouvoir au sein de l'appareil bureaucratique ?⁵²

En se penchant sur la formulation des politiques, les théoriciens de l'approche organisationnelle observent un phénomène de « territorialité bureaucratique » ou

⁵¹ Charles-Philippe David, *Au sein de la Maison-Blanche : La formulation de la politique étrangère des États-Unis*, 2e édition, Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 2004, p. 18-19.

⁵² Eric Stern et Bertjan Verbeek, « Whither the Study of Governmental Politics in Foreign Policymaking? A Symposium », *Mershon International Studies Review*, Vol. 42, No. 2, Novembre 1998, p. 209.

la défense des intérêts propres à chaque organisation, comme l'explique Morton Halperin dans *Bureaucratic Politics and Foreign Policy*⁵³. D'après cet auteur, trois motivations expliquent ce phénomène : amener le président à adhérer aux positions adoptées par l'organisation, marginaliser les autres agences lors du processus décisionnel puis élaborer une politique sur la base d'images et d'interprétations communes⁵⁴. Les organisations, souhaitant faire valoir leurs opinions, peuvent adopter trois comportements : limiter les informations soumises aux décideurs à celles qui défendent leurs intérêts, restreindre les options proposées à celles qui ne les contraignent pas à coopérer avec d'autres organes et, dans certains cas, tenter de convaincre d'autres acteurs de se rallier à leur position en formant une coalition⁵⁵.

L'approche organisationnelle servira ainsi à expliquer comment les conseillers juridiques du BCJ et du président sont parvenus à faire avaliser leurs opinions au détriment d'autres organisations de l'appareil gouvernemental lors du processus décisionnel menant à la redéfinition puis à l'utilisation de la torture.

L'approche perceptuelle

En réponse à la théorie des choix rationnels, l'approche perceptuelle naît dans les années 70 de la volonté de politologues d'examiner la perception des décideurs dans le déroulement du processus décisionnel de politique étrangère. D'après les auteurs de cette école⁵⁶, quatre facteurs issus de la perception influencent les décideurs en réaction à un événement et, par conséquent, la décision qui s'en suit. En effet, les perceptions des décideurs simplifient et faussent la réalité en privilégiant des explications simples (l'économie par la simplification), font

⁵³ Morton H. Halperin et Priscilla A. Clapp, *Bureaucratic Politics and Foreign Policy*, Washington: The Brookings Institution, 2006, p. 25.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 116.

⁵⁵ C.-P. David, *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁶ Voir Irving Janis, Robert Jervis, Alexander George, Richard Neustadt, Ole Holsti, Ernest May et Paul Kowert, pour ne nommer que ceux-ci.

référence aux événements du passé (l'analogie historique), rendent les perceptions cohérentes entre elles (la cohésion) et appliquent les mêmes perceptions d'un enjeu à l'autre (la stabilité). Contrairement à la théorie des choix rationnels où l'intérêt national façonne le processus décisionnel, la définition de la situation s'avère le principal facteur de la prise de décision pour l'approche perceptuelle. Son influence est particulièrement importante en période de crise, dans un contexte de stress et d'urgence. La présence de ces facteurs augmente les risques de subjectivité de la perception des décideurs comme, par exemple, « une vision stéréotypée de l'ennemi, [et] l'amplification des menaces et de l'anxiété [...] »⁵⁷. Cette approche permettra donc d'évaluer et de comprendre l'influence de la perception des conseillers juridiques de l'environnement international et du terrorisme sur le processus décisionnel menant à l'utilisation de la torture.

Pour confirmer l'hypothèse de ce mémoire, la première section se penchera sur le « nouveau paradigme » de la lutte contre le terrorisme. Il sera question d'étudier les responsables et les étapes entourant la redéfinition de cette méthode d'interrogation. Dans la seconde partie, il sera nécessaire d'examiner les actions posées par les proches conseillers juridiques du président ayant tenté d'assurer le succès de leurs actions concernant la torture. Avec l'approche organisationnelle et la théorie sur l'influence des conseillers, cette partie permettra d'expliquer la réceptivité de la structure bureaucratique américaine à leur stratégie visant à faire prévaloir leurs opinions au sein de l'Exécutif. De plus, l'approche perceptuelle aidera à exposer la perception de la nouvelle menace terroriste et du nouveau type de conflit chez les conseillers juridiques, puis l'impact de cette perception sur la redéfinition de la torture. Il s'agira donc de montrer, en premier lieu, comment ces conseillers juridiques ont été aussi influents et comment le système a été influencé par ces derniers puis, en second lieu, pourquoi ils ont entrepris de redéfinir la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

⁵⁷ C.-P. David, *Op. cit.*, p. 27.

PREMIÈRE PARTIE

LE « NOUVEAU PARADIGME » DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

CHAPITRE I

LES ARTISANS DE LA REDÉFINITION DE LA TORTURE DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

1. UN CONSEIL DE GUERRE ÉMERGENT

Aussitôt les attaques du 11 septembre perpétrées, le président américain rassemble ses conseillers juridiques afin d'élaborer un plan d'action dans ce contexte d'urgence. Se réunissant à une semaine ou deux d'intervalle, cinq conseillers jouent un rôle primordial dans la création d'outils antiterroristes et se retrouvent au cœur du débat sur le recours à la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Afin de comprendre la place qu'occupent les conseillers juridiques du président dans le processus menant à la redéfinition de la torture, il est essentiel de présenter le mandat du BCJ, de même que son ascension suite au 11 septembre 2001.

1.1 L'émergence du Bureau du conseil juridique (BCJ) après le 11 septembre 2001

1.1.1 *Le rôle particulier du Bureau du conseil juridique*

« Le Bureau du conseil juridique est l'unique et le plus important organe juridique du gouvernement [américain] »⁵⁸. Créé en 1934 par le Congrès afin d'interpréter la Constitution et le droit fédéral pour la branche exécutive le BCJ examine, en période de crise ou de guerre, les pouvoirs constitutionnels de la présidence puis conseille le président et le secrétaire à la Justice à ce sujet. Généralement à la demande du conseiller pour le président, cet organe émet également des opinions sur des sujets complexes étant l'objet de litiges entre

⁵⁸ Boyden C. Gray, « Interview by Martha Joynt Kumar with Nancy Kassop », *White House Interview Program*, Washington, D.C., 4 octobre 1999 [traduction libre par l'auteur].

diverses agences gouvernementales⁵⁹. Ainsi, le secrétaire à la Justice de même que les conseillers généraux d'autres départements font parvenir au BCJ les cas légaux auxquels ils ne peuvent répondre. Par ailleurs, les employés du BCJ révisent tous les décrets qui seront émis par le président afin d'assurer leur légalité⁶⁰.

Toutefois, cet organe de l'Exécutif est confronté à des enjeux éthiques : la légitimité et l'objectivité de son travail sont régulièrement remises en question. Bien que la première mission du BCJ soit de veiller à ce que la présidence respecte le droit et la Constitution⁶¹, ce processus juridique de poids et de contrepoids se heurte toutefois à une déficience notable : le BCJ se trouve lui-même à l'intérieur de la branche exécutive et n'est pas politiquement redevable au public américain et aux autres branches gouvernementales. Malgré tout, il s'est engagé à conseiller le président américain en toute honnêteté, en respect de la loi et, surtout, sans ligne de parti. Comme l'explique Griffin Bell, secrétaire à la Justice du président Jimmy Carter, le défi du BCJ est de « définir les limites juridiques de l'action de l'Exécutif en toute neutralité tout en soumettant au président des conseils qui lui permettront de faire ce qu'il souhaite [faire] »⁶². Dans ces circonstances, il peut arriver que ces conseillers regardent certains

⁵⁹ Si l'on se demande pourquoi certains litiges ne sont pas réglés en cour, il faut comprendre que de nombreuses questions constitutionnelles en matière de guerre ou de renseignement n'atteignent parfois jamais une cour et si tel est le cas, cela a souvent lieu plusieurs mois après la demande de l'Exécutif, ce qui explique que la branche exécutive doive décider elle-même de la constitutionnalité des actions qu'elle souhaite entreprendre, d'où le précieux travail du Bureau du conseil juridique pour la présidence. Voir J. Goldsmith, *Op. cit.*, p. 32.

⁶⁰ Site officiel du Bureau du Conseil juridique. Disponible [en ligne]: <http://www.usdoj.gov/olc/> (consultée le 1^{er} janvier 2008).

⁶¹ D'après la Constitution américaine, le président prête serment et promet de « préserver, protéger et défendre la Constitution ». *Constitution des États-Unis d'Amérique*, article II, section I, clause 8.

⁶² Griffin B. Bell et Ronald J. Ostrow, *Taking Care of the Law*, Macon, GA: Mercer University Press, 1986, p. 185 [traduction libre par l'auteur].

dossiers litigieux à travers le prisme de l'agenda présidentiel⁶³. Le biais peut parfois être problématique.

C'est dans cette optique que la décision du président d'exiger l'analyse et l'interprétation des employés du BCJ relève de la stratégie : s'il ne profite pas de l'appui de ces juristes, il peut se trouver isolé et souffrir d'une absence considérable de soutien. Il s'agit là d'un des facteurs accordant du pouvoir au BCJ. Les contraintes apportées par les décisions du BCJ lui confèrent ainsi un énorme poids au sein d'une administration : en vertu de la tradition, les interprétations légales du BCJ ont un effet contraignant au sein de la branche exécutive, à moins d'être rejetées par le secrétaire à la Justice ou par la présidence. Ainsi, dans le cas où plusieurs agences exécutives ne parviennent à s'entendre sur un dossier, le BCJ tranche, sa décision devant être respectée par toute la branche exécutive. Le président peut toutefois outrepasser l'opinion émise par le BCJ seulement s'il considère qu'il y a eu des errements interprétatifs. Cependant, son rejet pourrait contrevenir à son devoir constitutionnel s'il repose sur des motivations politiques⁶⁴.

1.1.2 *L'autoproclamé « conseil de guerre » et le conseiller du président*

À la demande du président George W. Bush, un groupe-conseil discret sur des mesures antiterroristes est créé au sein duquel siègeront cinq conseillers juridiques. Composé du conseiller à la Maison Blanche Alberto Gonzales, de son

⁶³ La relation entre le BCJ et la présidence pousse à se demander : « Qui influence qui ? Est-ce le président qui influence les opinions des conseillers juridiques en s'assurant qu'ils connaissent ses intentions, ou plutôt ces derniers qui influencent les politiques adoptées par l'exécutif ? ». Dans une entrevue accordée à PBS, à la question : « Meniez-vous les discussions ou était-ce la Maison Blanche [...] ? En d'autres mots, le président voulait-il davantage qu'il n'avait ? », John Yoo a répondu : « Non, je crois que la Maison Blanche disait plutôt « Voici ce que nous voulons pouvoir faire » et demandait au ministère de la Justice « Comment la loi intervient-elle ici ? Que devons-nous faire dire à la loi afin d'accomplir cet objectif ? ». Voir « The Torture Question. Interview With John Yoo », *Frontline*, PBS, 18 octobre 2005. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/torture/interviews/yoo.html> (consultée le 18 février 2008) [traduction libre par l'auteur].

⁶⁴ Dawn E. Johnsen, « Faithfully Executing the Laws : Internal Legal Constraints on Executive Power », *UCLA Law Review*, No. 54, 2007, p. 1577.

adjoint Timothy Flanagan⁶⁵, du conseiller à la vice-présidence David Addington, de William J. Haynes II, conseiller général du Département de la Défense et de John Yoo, avocat du Bureau du conseil juridique, ce comité sera baptisé « conseil de guerre » et cherchera à élaborer la stratégie de l'administration Bush dans la lutte contre le terrorisme. Le fait de retrouver des hommes munis d'une importante formation universitaire et d'une expérience politique notoire au sein de ce comité n'est aucunement le fruit du hasard : chacun des membres a des liens privilégiés avec le président W. Bush ou d'autres membres influents de son cabinet.

Alberto Gonzales entame sa carrière politique en 1994 comme conseiller juridique de George W. Bush, alors gouverneur du Texas. En 1997, G.W. Bush le nomme secrétaire du Texas puis, en 1999, membre de la Cour suprême de cet État. Lorsque G.W. Bush accède à la présidence des États-Unis, il nomme Gonzales au poste de conseiller à la Maison Blanche. Avant de franchir les portes de l'administration Bush, Gonzales est avocat pour *Vinson et Elkins*, cabinet juridique représentant entre autres la société *Enron*. Gonzales joue un rôle crucial dans l'élaboration de la stratégie antiterroriste de l'administration Bush⁶⁶.

Le poste de conseiller officiel à la Maison Blanche se situe à la croisée des chemins, à l'intersection du droit, de la politique et des politiques. Le défi de Gonzales est de conseiller le président sur les actions à entreprendre, en s'assurant

⁶⁵ Pour les fins de ce mémoire, nous n'aborderons pas le rôle de Timothy Flanagan dans la redéfinition de la torture. Nous considérons que les autres membres du « conseil de guerre » méritent une plus grande attention, bien qu'il ait été l'un des principaux responsables de la mise en place des tribunaux militaires que nous n'étudions pas ici.

⁶⁶ De 2005 à 2007, Alberto Gonzales remplace John Ashcroft au poste de secrétaire à la Justice, nomination condamnée tant par la droite, qui le considère comme un modéré en raison de ses positions favorables à l'avortement et à la discrimination positive, que par la gauche qui lui reproche son implication dans le dossier de la torture et du scandale de l'écoute électronique par l'Agence de sécurité nationale. Voir Steven Lee Myers, « Embattled Attorney General Resigns », *The New York Times*, 27 août 2007. Disponible [en ligne]: http://www.nytimes.com/2007/08/27/washington/27cnd-gonzales.html?_r=1&adxnnl=1&adxnnlx=1197907394+PX4m+m5Sr0SlwzF3a4lvQ&oref=slogin (consultée le 15 décembre 2007).

qu'elles soient à la fois légales et politiquement astucieuses⁶⁷. Évoluant au fil du temps et s'adaptant aux besoins du président en fonction, le bureau du conseiller à la présidence sert de centre de commandes en période de crise ou de scandales : il sert à la fois à filtrer les documents adressés à la présidence et à réviser ceux en provenance du Bureau ovale. Dans l'après- 11 septembre 2001, la polarisation du paysage politique et l'effet partisan assujettissent la présidence à un examen constant, puis la fébrilité des décideurs et de la population accélère le processus décisionnel. Dans ces circonstances, le conseiller à la présidence doit être bien informé des démarches et développements au sein de la branche exécutive. Le conseiller du président a donc l'avantage de la proximité sur le secrétaire à la Justice. Situé dans l'enceinte de l'Exécutif, ce conseiller bénéficie d'une connaissance approfondie des préoccupations et besoins présidentiels. Le recours à son conseil semble plus tentant pour un président que celui du secrétaire à la Justice, plus lointain et, surtout, politiquement redevable à la population et aux congressistes⁶⁸. Gagnant constamment en importance, le bureau du conseiller à la présidence se trouve régulièrement en situation conflictuelle avec les autres organismes-conseils, comme entre autres, le BCJ dont il peut, s'il le juge nécessaire, ignorer les recommandations. Il s'y rallie toutefois plus souvent qu'autrement afin de pouvoir justifier l'adoption de politiques ayant échoué, d'où l'impératif d'une complémentarité voire complicité entre ces deux organes.

Pilier de la réflexion juridique au sein du BCJ, John Yoo arrive au gouvernement américain après avoir été clerk pour les juges Laurence Silberman

⁶⁷ Le Bureau du conseiller à la Maison Blanche est créé par John Dean lors de la présidence de Richard Nixon. Avant que Dean n'occupe ce poste, les présidents américains étaient pourvus de « conseillers spéciaux » ou de simples conseillers ayant des responsabilités plus politiques que juridiques. Comme le précisent les auteurs de l'article, le conseiller à la Maison Blanche est souvent appelé « l'avocat du président » avec, toutefois, un mandat dépassant largement celui du conseil légal et juridique. Voir Maryanne Borrelli, Karen Hult et Nancy Kassop, « The White House Counsel's Office », *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 31, No. 4, Décembre 2001, pp. 561-584.

⁶⁸ Jeremy Rabkin, « At the President's Side: The Role of the White House Counsel in Constitutional Policy », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 56, No. 4, Automne 1993, pp. 64. Il faut souligner que le conseiller officiel de la Maison Blanche est nommé par le président et n'exige pas l'approbation du Sénat.

de la Cour d'appel fédérale et Clarence Thomas de la Cour suprême des États-Unis. Il a aussi travaillé au sein de la branche législative à titre de conseiller général pour le Comité judiciaire du Sénat de 1995 à 1996. Yoo intègre le BCJ en juin 2001 à titre de conseiller juridique sur la sécurité nationale et les affaires étrangères. Expert des pouvoirs présidentiels en temps de guerre, avec les attentats contre le WTC, il devient « l'un des avocats les plus importants du gouvernement, un membre d'un groupe secret de cinq personnes ayant une énorme influence sur les politiques antiterroristes de l'administration »⁶⁹.

1.1.3 L'émergence inopinée du BCJ après 2001 : quelques explications

De nombreux éléments expliquent la montée fulgurante du BCJ vers le sommet de la pyramide décisionnelle dans l'après-11 septembre 2001. La conjoncture exceptionnelle engendrée par les attaques contre les États-Unis laisse le gouvernement américain dans la confusion la plus totale. Alors que les décideurs doivent élaborer rapidement une stratégie afin d'y répondre, les conseillers juridiques s'avèrent les plus compétents dans ce domaine, à un moment où ni le président, ni le vice-président, ni les secrétaires d'État et de la Défense et ni le conseiller pour la Sécurité nationale ne sont avocats. Le nouveau conflit auquel sont confrontés les États-Unis nécessite une connaissance approfondie des traités internationaux, du droit constitutionnel et des pouvoirs présidentiels. Dans de telles circonstances, les juristes du BCJ de même que les conseillers juridiques des divers départements sont seuls à être en mesure de guider le président quant à la légalité des actions à entreprendre dans la lutte contre le terrorisme, en vertu des lois fédérales et internationales.

Il importe par ailleurs de souligner qu'au début du premier mandat de George W. Bush, le poste de chef du BCJ demeure vacant jusqu'à la nomination de Jay S.

⁶⁹ J. Goldsmith, *Op. cit.*, p. 22 [traduction libre par l'auteur]. Après son départ du ministère de la Justice, la participation de Yoo à l'écriture de plusieurs mémos redéfinissant la torture et réinterprétant les Conventions de Genève est publicisée et engendre une vague de contestation exigeant sa démission de l'école de droit l'Université Berkeley en Californie où il enseigne toujours.

Bybee quelques mois après le 11 septembre. Ce délai fait en sorte que ce nouveau secrétaire-assistant à la Justice et chef du BCJ est exclu du « conseil de guerre » et qu'il ne participe que très peu aux discussions. Peu familier avec le droit de la guerre, il délègue la plupart des dossiers sur la lutte contre le terrorisme à John Yoo et Patrick Philbin, autre conseiller du BCJ. Ainsi, dans les semaines critiques des mois de septembre et de novembre 2001, le BCJ est dépourvu d'un dirigeant, offrant à ses conseillers une grande latitude⁷⁰.

Parallèlement, dans ce contexte d'élaboration de la lutte antiterroriste, le gouvernement américain doit constamment se soumettre aux lois adoptées par le Congrès dans les années 90⁷¹. Les décideurs étant assujettis à de telles contraintes législatives, le travail d'interprétation des conseillers du BCJ devient indispensable pour mettre sur pied une stratégie agressive visant à protéger la population américaine contre d'éventuelles attaques terroristes⁷².

L'émergence du BCJ dans l'après-11 septembre 2001 représenterait, pour certains, un changement de pouvoir ou une autre manière pour l'administration Bush de traiter les enjeux légaux liés à la politique étrangère et au renseignement. Ainsi, avant le 11 septembre, le BCJ se prononce sur des questions légales ayant antérieurement été étudiées par les conseillers juridiques des divers départements impliqués dans la prise de décision. Or, après cette date, le BCJ est l'unique organe à se prononcer sur ces questions, fournissant à la présidence l'opinion finale⁷³. L'irruption inattendue de cet organisme-conseil peut s'expliquer

⁷⁰ Charlie Savage, « The Office of Legal Counsel », Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/chenev/themes/olc.html> (consultée le 25 février 2008).

⁷¹ Il s'agit de l'attentat d'Oklahoma City perpétré par Timothy McVeigh contre un édifice fédéral en 1993 et du premier attentat contre le World Trade Center en 1995.

⁷² J. Goldsmith, « The Office of Legal Counsel », *Op. cit.*

⁷³ Tim Golden, « After Terror, a Secret Rewriting of Military Law », *The New York Times*, 24 octobre 2004, p. 8. Disponible [en ligne] : http://www.nytimes.com/2004/10/24/international/worldspecial2/24gitmo.html?_r=1&pagewanted=2&oref=slogin (consultée le 25 février 2008).

également par le travail acharné des conseillers juridiques du vice-président Dick Cheney et du secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld.

1.2 La prépondérance du conseiller juridique de la vice-présidence

On ne saurait aborder le processus décisionnel de l'administration Bush sans présenter la vice-présidence de Richard « Dick » Cheney. Le vice-président a une influence notable en politique étrangère. Très proche du président américain, il est souvent mandaté par celui-ci pour représenter les intérêts de l'Exécutif lors des rencontres ministérielles. Il est aussi président du Sénat et de conseils nationaux, membre du NSC, représentant du président à l'étranger et coordonnateur en période de crise⁷⁴. Lors des événements du 11 septembre 2001, Richard Cheney dirige les opérations alors que le président Bush est à l'extérieur de Washington. À partir de ce moment, Cheney donne tout son sens au rôle de vice-président et forme, avec George W. Bush, le noyau du processus décisionnel⁷⁵.

1.2.1 ' Un duo vice-présidentiel tout-puissant

Originaire du Wyoming, Dick Cheney débute sa carrière politique en 1968 lorsqu'il obtient une bourse afin d'accompagner le parlementaire républicain William Steiger à Washington. L'année suivante, il devient l'assistant spécial de Donald Rumsfeld à l'*Office of Economic Opportunity*. Au moment de la démission de Richard Nixon en août 1974 (suite au scandale du Watergate) Cheney se joint à l'équipe travaillant à la transition présidentielle de Gerald Ford. Il devient, par la suite, le conseiller principal de Ford et son chef de cabinet (*Chief of Staff*). Entre 1978 et 1988, Cheney occupe différents postes au sein du Congrès, notamment celui de chef de la minorité républicaine à la Chambre des représentants. De 1989 à l'élection présidentielle de Bill Clinton, il est le secrétaire à la Défense de George H.W. Bush. Au début des années 90, Cheney entame des tractations avec la compagnie Halliburton dont il sera le directeur

⁷⁴ James Davis, *The American Presidency*, Westport : Praeger, 1995, p. 375.

⁷⁵ Sans auteur, « United States : The Other President », *The Economist*, Vol. 372, No. 8391, 4 septembre 2004, p. 50.

général de 1995 à 2000⁷⁶. À la demande expresse de George W. Bush lors de sa campagne électorale, Cheney quitte l'entreprise afin de devenir colistier, le menant à la vice-présidence dès l'accession au pouvoir de Bush fils.

Dans son ouvrage *The One Percent Doctrine*, Ron Suskind expose la relation entre le Cheney et le président Bush à partir des événements du 11 septembre 2001. Le lien que les deux décideurs entretiennent est particulier, notamment en raison du fait que Bush est le président le moins expérimenté en politique étrangère et Cheney, le vice-président le plus expérimenté, cette situation conférant à Cheney un ascendant considérable sur son supérieur. Cet avantage du vice-président oblige Bush à ériger les balises de leur relation de conseil. Ainsi, comme le souligne Suskind, « [a]u printemps 2002, le Président avait demandé à Cheney de rester un peu en retrait lors de grandes réunions pour lui laisser davantage de marge de manœuvre. Il lui avait également demandé de ne pas lui donner de conseils en public, mais uniquement en tête à tête »⁷⁷.

Dick Cheney est un réaliste : il considère que le système international est dangereux et que plusieurs sous-estiment la menace que représente ce système pour la sécurité nationale américaine. Cette perception du contexte mondial influence grandement ses positions politiques. Constatant, par ailleurs, l'érosion de la présidence impériale au lendemain du Watergate (lorsque Gerald Ford remplace Richard Nixon), Cheney doute de la puissance des États-Unis en l'absence, à la Maison Blanche, d'une présidence forte aux pouvoirs illimités. En effet, ce scandale ainsi que l'échec du Vietnam effritent considérablement le

⁷⁶ Halliburton est une multinationale offrant aux entreprises d'exploitation pétrolière certains services. Dans la décennie 90, la compagnie est impliquée, en tant que fournisseur, dans plusieurs interventions de l'armée américaine dont celle de Somalie en 1992 et la première guerre du Golfe. Sous la direction générale de Cheney entre 1995 et 2000, Halliburton amasse nombre de contrats fédéraux totalisant 2,3 milliards de dollars américains, soit le double de la récolte des cinq années précédentes réunies. Voir *CBC News. The Fifth Estate*, « The Unauthorized Biography of Dick Cheney ». Disponible [en ligne] : <http://www.cbc.ca/fifth/dickcheney/index.html> (consultée le 25 février 2008).

⁷⁷ Ron Suskind, *La guerre selon Bush : comment l'Amérique traque le terrorisme islamiste depuis le 11 septembre*, traduction par Frank Straschitz et Henri Marcel, Paris : Plon, 2007, p. 85.

gouvernement fédéral de la décennie 70 : afin de rétablir l'équilibre dans le système de poids et contrepoids, le Congrès adopte une série de lois limitant la latitude présidentielle. De la présidence de Reagan à celle de W. Bush, Cheney s'affaire à rétablir les pouvoirs présidentiels⁷⁸. Lorsqu'il atteint les rangs de l'Exécutif, il s'accompagne d'un conseiller juridique : David Addington qu'il désigne en tant que son chef de cabinet dès 2001.

David Addington est conseiller général assistant de la CIA de 1981 à 1984. Cette expérience lui permet de devenir, de 1984 à 1987, le conseiller des comités sur le renseignement et les relations internationales de la Chambre des représentants. Pendant ces années, il occupe également le poste de conseiller du comité d'enquête du Sénat et de la Chambre des représentants sur l'affaire Iran-Contra, en tant qu'assistant de Cheney. En 1987, Addington est l'assistant spécial du président Reagan avant de devenir, de 1989 à 1992, celui du secrétaire à la Défense, Dick Cheney. Il devient ensuite le conseiller général du département de la Défense. Après avoir travaillé pour de multiples agences gouvernementales, Addington se fait offrir, par le vice-président Cheney, le poste de conseiller juridique du vice-président. Cette année charnière consacre le pouvoir de ce conseiller juridique au sein de l'administration Bush. Grâce aux événements du 11 septembre, Addington parvient à déployer une immense influence dans les cercles décisionnels de Washington. L'entourage de Cheney comparera l'influence de ce conseiller à celle de la « *main invisible* » d'Adam Smith⁷⁹. Sa forte personnalité fait du « Cheney de Cheney » un personnage influent dans le processus

⁷⁸ Charlie Savage, « Cheney's View of the World », Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/chenev/themes/chenevview.html> (consultée le 25 février 2008).

⁷⁹ Chitra Ragavan, « Cheney's Guy », *U.S. News*, 21 mai 2006, p. 2. Disponible [en ligne] : http://www.usnews.com/usnews/news/articles/060529/29addington_print.htm (consultée le 22 février 2008).

décisionnel à la Maison Blanche. Certains éléments expliquent d'ailleurs leur complicité grandissante⁸⁰.

1.2.2 L'Exécutif unitaire et la séparation des pouvoirs

Cheney et Addington partagent les mêmes visions : celles d'un monde menaçant perpétuellement la sécurité nationale américaine exigeant des interventions radicales menées d'une main de fer, et d'une présidence impériale en faillite après les échecs du Viet Nam, du Watergate et de l'Irangate⁸¹. Pour Cheney et Addington, les attentats contre le *World Trade Center* serviraient de prétexte pour renforcer la présidence au 21^e siècle. D'après Bradford Berenson, conseiller associé de la Maison Blanche de 2001 à 2003, « [Addington] est absolument convaincu que les États-Unis sont menacés. Et il croit que la branche exécutive est l'unique partie du gouvernement capable de protéger la population contre les dangers externes »⁸². Ce duo s'inspire donc de la théorie de l'« Exécutif unitaire » prônant le fait que le président détient le privilège d'utiliser la force militaire, d'exclure certaines personnes des droits de l'Habeas Corpus ou de suspendre l'application des conventions internationales, limitant en outre les contre-pouvoirs existants au sein du système politique. Les tenants de cette doctrine affirment qu'en vertu de l'article II, à titre de commandant en chef des forces armées, le président possède le pouvoir d'outrepasser certaines lois fédérales ou traités internationaux s'il considère cette action indispensable à la

⁸⁰ La relation étroite entre les deux hommes s'échelonne sur plusieurs années. Même lorsqu'il ne fait pas partie du gouvernement sous la présidence de Bill Clinton, Addington continue de s'impliquer auprès de Cheney en dirigeant un comité, l'*Alliance for American Leadership*, étudiant les possibilités d'une candidature présidentielle pour Cheney. Voir Douglas Jehl, « Profile : David Addington. Cheney's New Top Aide Called a Force of Nature », *San Francisco Chronicle*, 2 novembre 2005, p.A18.

⁸¹ Addington participe à l'écriture du rapport minoritaire du Comité d'enquête de la Chambre des représentants sur l'affaire Iran-Contra. Ce document affirme que la loi empêchant le soutien des Contras nicaraguayens est inconstitutionnelle car elle empiète sur les pouvoirs présidentiels. Cet argument sera la pierre angulaire des propositions de la vice-présidence dans l'après-11 septembre 2001.

⁸² C. Ravagan, *Op. cit.*, p. 3. Une anecdote récurrente dans les écrits sur Addington révèle qu'il conserve, dans sa poche arrière, une copie de la Constitution américaine ouverte à l'article II sur l'exécutif et, plus précisément, sur la transmission du pouvoir en situation d'urgence ou en cas de décès du président.

sécurité nationale. Toutefois, pour les opposants à cette interprétation, l'« Exécutif unitaire » se traduit en d'autres termes par un pouvoir exécutif illimité⁸³.

Pour Cheney et Addington, le président incarne à lui seul le pouvoir exécutif, rendant dès lors impossible la restriction de ses moyens d'action par le Congrès. En ce sens, la création de cabinets à l'intérieur même de l'Exécutif semble l'outil idéal pour le président, facilitant ainsi l'accès à ses conseillers et limitant l'intervention – indésirable d'après Addington – des organes de coordination au sein de la hiérarchie de commandement⁸⁴. Leur vision du pouvoir exécutif se résume donc à l'absence de contraintes, rejetant d'emblée, au sein du processus décisionnel, la consultation ou la quête d'un consensus⁸⁵.

Cette forme de gouvernance parallèle, aussi appelée « un État à l'intérieur de l'État » (*state within the state*)⁸⁶, répondrait aux intérêts de certains partisans au sein du BCJ, s'ajoutant aux acteurs de la vice-présidence. Cette harmonie entre la vice-présidence et le BCJ ainsi que son influence sur le processus de redéfinition de la torture seront abordés plus loin.

⁸³ Voir Vincent Michelot, « La Cour suprême des États-Unis durant la présidence de George W. Bush. Un nouvel équilibre des pouvoirs ? », *Vingtième siècle*, 2008/1, N° 97, p. 117-129. Disponible [en ligne] : http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=VING&ID_NUMPUBLIE=VIN_097&ID_ARTICLE=VING_097_0117 (consultée le 25 février 2008) ; Jennifer Van Bergen, « The Unitary Executive : Is the Doctrine Behind the Bush Presidency Consistent with a Democratic State ? », *FindLaw*, 9 janvier 2006. Disponible [en ligne] : http://writ.news.findlaw.com/commentary/20060109_bergen.html (consultée le 25 février 2008) ; Douglas W. Kmiec, *The Attorney General's Lawyer : Inside the Meese Justice Department*, New York : Praeger, 1992, chapitre 3.

⁸⁴ C. Ravagan, *Op. cit.*, p. 4.

⁸⁵ David Cole, « The Man Behind Torture », *The New York Review of Books*, 6 décembre 2007, p. 38.

⁸⁶ On parle d'« État à l'intérieur de l'État » car selon les tenants de cette doctrine, l'Exécutif détiendrait à la fois les pouvoirs législatif et judiciaire afin de contrôler les politiques et ce, en l'absence de poids et contrepoids. Voir Richard M. Pious, « Inherent War and Executive Powers and Prerogative Politics », *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 37, No. 1, 2007, pp. 66-84.

Convaincus des pouvoirs inébranlables et illimités du président en vertu de la Constitution, le vice-président et son conseiller juridique jouissent d'un avantage considérable par rapport aux acteurs d'autres départements lors de la prise de décision. En effet, contrairement aux conseillers juridiques d'autres agences comme le NSC ou le Département d'État, Addington peut accéder à de nombreux documents et rapports quotidiens de la CIA et de l'Agence de sécurité nationale (NSA). Il s'agit d'une « culture du secret » (*culture of secrecy*) c'est-à-dire la propension de l'administration Bush à réserver des informations cruciales en matière de sécurité nationale à un groupe restreint de décideurs. Addington fait partie de ce lot et peut ainsi facilement faire valoir ses positions lors du processus décisionnel. Cette culture du secret se transpose effectivement dans les discussions et se traduit en une phrase : « Si vous saviez ce que je sais, vous seriez d'accord avec moi. Toutefois, je ne peux partager ces informations avec vous. Désolé. Vous devez me croire »⁸⁷. Ce sous-entendu, d'après Ron Suskind, confère un énorme pouvoir au conseiller du vice-président.

Les conseillers juridiques du gouvernement américain gagnent en importance dans l'après-Watergate. Ce scandale a fait la lumière sur les pratiques parfois douteuses des présidents américains, surtout lorsque personne ne peut les éclairer sur l'anti-constitutionnalité de certaines mesures. À cet égard, les conseillers spécialistes du droit constitutionnel et international s'avèrent des éléments-clés dans la poursuite de l'agenda présidentiel. Après le Watergate, il est attendu des conseillers juridiques qu'ils informent le président américain que certaines actions qu'il souhaite poser ne peuvent l'être. Or, le travail d'Addington pour Cheney et Bush est tout le contraire, donnant plus souvent qu'autrement sa bénédiction au président dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Cette attitude en a fait un partenaire inaliénable pour le président Bush et son vice-président qui doivent mettre en place de nombreuses politiques antiterroristes.

⁸⁷ Ron Suskind, « David Addington : Cheney's Powerful, One-Man Legal Office ». Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/cheney/themes/addington.html> (consultée le 25 février 2008) [traduction libre par l'auteur].

2. D'IMPORTANTES OPPOSANTS MARGINALISÉS

Il ne faut pas négliger les autres acteurs qui se sont érigés contre le recours à la torture dans le cadre de la lutte antiterroriste. Si nombre d'entre eux sont relégués aux oubliettes lors du processus décisionnel, il n'en reste pas moins que d'étudier cette absence involontaire lors de la prise de décision permet de comprendre les étapes ayant mené au recours à la torture dans la lutte contre le terrorisme.

2.1 Des juristes militaires rabroués par le département de la Défense

William Haynes est conseiller général du département de l'Armée pendant trois ans et partenaire de divers cabinets d'avocats avant de devenir conseiller général du département de la Défense en mai 2001. Il y occupe le poste de conseiller général du secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld⁸⁸. Ces deux acteurs occupent une place importante dans le dossier de la redéfinition de la torture. Leur rôle est de marginaliser certains opposants à l'utilisation de la torture afin de faciliter le travail du vice-président Cheney et de son conseiller Addington. La première étape de leur intervention est d'outrepasser les juges-avocats généraux (JAGs) – le bras judiciaire des multiples branches des forces armées américaines, qu'il s'agisse de l'Armée de Terre ou de l'Air, de la Marine ou de la Garde Côtière – de même que plusieurs officiers militaires seniors ayant une interprétation de la loi propre à celle du code d'honneur de l'armée. L'opposition des hommes en uniforme repose principalement sur les dangers que peut engendrer l'utilisation de la torture pour les soldats américains faits prisonniers par l'ennemi. Bien qu'elles soient interdites en vertu du droit humanitaire international, les représailles inquiètent néanmoins les hauts-dirigeants des forces armées⁸⁹.

⁸⁸ En 2003, Haynes est soupçonné d'avoir contribué à la mise en application de techniques d'interrogation prolongée, programme hautement controversé. Voir Neil A. Lewis, « Bush Drops Plans to Renominate 3 Judges », *The New York Times*, 10 janvier 2007. Disponible [en ligne]: <http://www.nytimes.com/2007/01/10/washington/10judges.htm> (consultée le 15 décembre 2007).

⁸⁹ Cherif M. Bassiouni, « The Institutionalization of Torture Under the Bush Administration », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, No. 389, 2005, p. 396. Par ailleurs, les JAGs s'opposent massivement à la création de commissions militaires (par décret présidentiel) afin de poursuivre les prisonniers de Guantanamo sans qu'ils ne soient protégés par les

2.2 Le combat du conseiller général de la Marine

Alberto J. Mora, le conseiller général de la Marine, est subordonné, d'après la hiérarchie administrative, à William Haynes, le conseiller général du département de la Défense. Ayant travaillé au sein des administrations H. Bush et W. Bush, Mora est un conservateur ayant appuyé la lutte contre le terrorisme et la guerre en Irak. Malgré tout, il s'élève contre l'utilisation de la torture telle que redéfinie par les conseillers du BCJ. Dans son travail de dénonciation, Alberto Mora est confronté à Haynes qui, tout en étant son supérieur, est le protégé de David Addington. En effet, Addington a engagé Haynes à titre d'assistant quand il travaillait au département de la Défense. Une fois arrivé à la Maison Blanche lorsque Cheney devient vice-président, Addington offre son ancien poste à Haynes dès lors promu au poste de conseiller général de la Défense.

Le 7 juillet 2004, Mora soumet à Haynes un mémo de vingt deux pages dénonçant le nouveau cadre légal imposé par le proche entourage de Bush afin d'augmenter les pouvoirs présidentiels en permettant, entre autres, les interrogatoires et l'écoute électronique. Quelques mois auparavant, en avril 2004, Mora s'est adressé à ses supérieurs du Pentagone, précisant que le recours à des techniques rigoureuses d'interrogation ouvrirait les portes aux abus⁹⁰. Au cours du processus, Mora sera constamment rabroué par Haynes et Rumsfeld. Après avoir été choisi par ce dernier pour siéger sur un groupe de travail mandaté d'étudier la constitutionnalité de nouvelles méthodes d'interrogation, Mora voit le fruit de son groupe de réflexion délaissé par le secrétaire à la Défense et son conseiller au profit des opinions émises par le Bureau du conseil juridique⁹¹.

Conventions de Genève. En effet, dans la décision *Rasul v. Bush* de 2004, la Cour Suprême a statué que l'argument voulant que ces prisonniers n'aient pas le droit de contester leur détention en cour américaine est irrecevable. La juge Sandra Day O'Connor a de plus précisé qu'« une situation de guerre n'est pas un chèque en blanc pour le président ».

⁹⁰ Jane Mayer, « Annals of the Pentagon : The Memo », *The New Yorker*, 27 février 2006, p. 1. Disponible [en ligne] : http://www.newyorker.com/archive/2006/02/27/060227fa_fact (consultée le 26 février 2008).

⁹¹ *Ibid.*, p. 6.

Dans la seconde section, il sera question des efforts de marginalisation d'agences gouvernementales par les membres du « conseil de guerre » qui ne semblent pas se limiter à la Marine.

2.3 Le Département d'État et le Conseil pour la Sécurité nationale ignorés

Deux agences gouvernementales de premier plan dans la formulation de la politique de sécurité américaine sont mises de côté dans la redéfinition de la torture. La première est le Département d'État, ministère des Affaires étrangères américain dirigé, à l'époque, par Colin Powell, conseiller principal de George W. Bush en matière de politique étrangère.

Le travail du Département d'État dans l'administration se décline en cinq points : représenter les États-Unis à l'étranger, exposer les positions des autres pays aux décideurs américains, encadrer les négociations, demeurer sensible aux événements pouvant changer le cours de la politique étrangère puis conseiller le président et le NSC afin qu'ils adoptent des politiques⁹². La place du Département d'État dans la conduite des affaires extérieures américaines fluctue grandement depuis sa création en 1789. Il gagne en importance dès le début de la Guerre froide mais s'efface graduellement au profit d'autres agences qui semblent défendre davantage l'intérêt national américain que le Département d'État, accusé de favoriser les intérêts d'autres pays⁹³.

Les accusations portées à l'endroit de Colin Powell et de son département sont au cœur de ses litiges avec la vice-présidence et le BCJ au sujet de la torture. Représentant les États-Unis à l'étranger en tant que corps diplomatique, Powell et son conseiller juridique William Taft IV⁹⁴ sont soucieux de conserver l'image des

⁹² Charles-Philippe David, Louis Balthazar et Justin Vaïsse, *La politique étrangère des États-Unis : fondements, acteurs, formulation*, Paris : Presses de Sciences po, 2003, p. 179.

⁹³ C.-P. David, *Op. cit.*, p. 66.

⁹⁴ William Howard Taft IV est le petit-fils de l'ancien président William Taft ayant gouverné de 1921 à 1930. Avant d'arriver au département d'État, Taft IV occupe plusieurs postes importants

États-Unis intacte et leurs relations interétatiques stables. En outre, le recours à la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme affecterait, selon eux, la réputation américaine et ne ferait que conforter les terroristes dans leur antiaméricanisme.

Toutefois, bien que le Département d'État ait perdu son monopole d'influence au profit du NSC, ce dernier est aussi de ceux qui sont marginalisés dans le processus décisionnel menant à la redéfinition de la torture. Le NSC est l'organisme-conseil par excellence pour la présidence en matière de sécurité. Lorsqu'il est créé en 1947, on souhaite qu'il limite les luttes bureaucratiques en coordonnant les positions des multiples départements de l'administration américaine afin d'offrir au président un ensemble d'options tenant compte des facteurs militaires, politiques et internationaux⁹⁵. Sous forme de cabinet de guerre, le NSC est composé du président, du vice-président, des secrétaires d'État et de la Défense, du président du comité des chefs d'état-major et du directeur de la communauté du renseignement. Le président peut convoquer d'autres participants comme le secrétaire au Trésor ou l'ambassadeur aux Nations Unies⁹⁶. Tout comme celle du Département d'État, l'influence du NSC évolue au fil du temps. Le NSC contemporain doit réviser les politiques et programmes de sécurité, conseiller par la création de rapports soumis au président et coordonner les positions départementales⁹⁷.

tel que celui de conseiller général du département de la Défense puis secrétaire-adjoint à la Défense sous Reagan. Il est de plus secrétaire à la Défense entre janvier et mars 1989 sous George H. Bush alors que son premier choix, John Tower, est rejeté par le Sénat. Le poste sera accordé à Dick Cheney en mars 1989. Voir le site de SourceWatch. Disponible [en ligne] : http://www.sourcewatch.org/index.php?title=William_Howard_Taft_IV (consultée le 1^{er} mars 2008).

⁹⁵ Le NSC est créé par la *National Security Act* signé en 1947 puis amendé en 1949. Voir 80^e Congrès des États-Unis, *National Security Act*, Public Law 235-61 Stat. 496 ; USC 402, Article 101, tire I. Disponible [en ligne] : http://www.intelligence.gov/0-natsecact_1947.shtml (consultée le 1^{er} mars 2008).

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ C.-P. David, *Op. cit.*, p. 101-103.

Le conseiller pour la Sécurité nationale est le chef d'orchestre des employés devant remplir ces objectifs. Il doit faire en sorte de présenter au président les positions prises par les agences gouvernementales, les options possibles, les avantages et inconvénients quant à l'adoption d'une politique.

Malgré les efforts déployés par les administrations américaines au cours de l'histoire, il reste que le facteur humain peut parfois prendre le dessus dans le processus décisionnel et faire en sorte que certains acteurs soient marginalisés. Lorsqu'il s'agit d'étudier la redéfinition de la torture suite aux événements du 11 septembre 2001, il faut accorder une attention particulière au profil des individus impliqués dans le dossier des techniques d'interrogation utilisées par les forces armées américaines et les services de renseignement à compter de 2001. Le proche entourage du président Bush se trouve engagé dans un processus juridique complexe dont l'objectif est de soustraire des traités internationaux les membres d'Al-Qaïda et de milices talibanes, acteurs protégés de la torture par le droit international.

CHAPITRE II

L'ACTUALISATION CONTROVERSÉE DE LOIS PRÉEXISTANTES

1. LA RÉINTERPRÉTATION DES CONVENTIONS DE GENÈVE

Les États-Unis sont signataires de nombreux traités internationaux visant à bannir l'utilisation de la torture et cherchant à protéger les prisonniers en période de conflit armé. Considérées comme la pierre angulaire de la législation internationale portant sur le traitement des prisonniers, les Conventions de Genève sont des documents contraignants pour les États parties. Les atteintes à ces accords constituent une violation grave du droit international et peuvent, par conséquent, être considérées comme des crimes de guerre. La Troisième convention concerne le traitement des prisonniers de guerre et la Quatrième, le sort des détenus civils, appelés « personnes protégées ». L'article 3, commun aux deux conventions, exige que les détenus (qu'ils soient qualifiés de « prisonnier de guerre » ou de « personne protégée ») jouissent d'un traitement digne, et il condamne également tout traitement inhumain ou dégradant en toutes circonstances⁹⁸.

Bien qu'ils adhèrent officiellement à ces conventions depuis leurs ratifications en 1955, les États-Unis révisent, dans la foulée du 11 septembre 2001, leur position quant à l'application de ces traités aux guerres en Afghanistan et en Irak.

Comme le souligne Bradford Berenson, conseiller-adjoint à la Maison Blanche de janvier 2001 à 2003, la réflexion sur les Conventions de Genève est entamée rapidement après les attentats contre le *World Trade Center*. Plusieurs étapes mènent à leur inapplication puis à la redéfinition de la torture par les conseillers juridiques du président. Ces étapes sont marquées par l'échange de nombreux mémorandums entre le BCJ, la vice-présidence, la Défense et le conseiller à la Maison Blanche. Ces mémos sont rendus publics en juin 2004 par

⁹⁸ Introduction de ce mémoire, p. 5-6.

le *Washington Post* suite à l'éclatement, en mai 2004, du scandale lié au mauvais traitement des prisonniers de la prison d'Abou Ghraib en Irak⁹⁹.

1.1 La particularité du conflit avec les Talibans et Al-Qaïda en Afghanistan

Le 14 septembre 2001, George W. Bush déclare l'état d'urgence aux États-Unis¹⁰⁰. Le 7 octobre 2001, il annonce que l'armée américaine a entamé ses frappes contre les nombreuses installations talibanes et les camps d'entraînement d'Al-Qaïda en Afghanistan¹⁰¹.

Peu après, à la demande de Bush, le BCJ se penche sur les pouvoirs du président pour intervenir militairement en cas d'attaques terroristes. Ainsi, le 25 septembre 2001, John Yoo transmet la réponse du BCJ à Timothy Flanagan, l'un des conseillers du président. D'après l'interprétation de la Constitution américaine par le BCJ, le président américain a le plein pouvoir d'utiliser la force militaire afin de répondre à des actes terroristes. Il a aussi le pouvoir constitutionnel de s'attaquer aux personnes, organisations ou États qui abritent les terroristes soupçonnés d'être impliqués dans les attentats du 11 septembre. Toujours selon ce mémo, le président peut aussi adopter certaines mesures contre les personnes, organisations ou États hébergeant des terroristes n'étant d'aucune façon liés aux événements de septembre 2001. Dans ce cas, les trois branches gouvernementales – exécutive, législative et judiciaire – s'entendent pour dire que le président détient le plein pouvoir de recourir à la force armée, y compris de manière préventive (*preemption*). Yoo défend sa position en quatre points. Premièrement, la Constitution confère au président, en tant que commandant en chef des forces armées, le pouvoir de faire appel à la force armée outre-mer, particulièrement

⁹⁹ Ces mémorandums sont compilés dans l'imposant ouvrage de Karen J. Greenberg et Joshua L. Dratel, *The Torture Papers : the Road to Abu Ghraib*, New York : Cambridge University Press, 2005.

¹⁰⁰ George W. Bush, *Declaration of National Emergency by Reason Of Certain Terrorist Attacks*, Presidential Proclamation, 14 septembre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010914-4.html> (consultée le 2 mars 2008).

¹⁰¹ George W. Bush, *Presidential Address to the Nation*, 7 octobre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/10/20011007-8.html> (consultée le 2 mars 2008).

dans un contexte d'urgence nationale engendrée par une attaque imprévue. Deuxièmement, Yoo survole l'ensemble des documents législatifs et de la jurisprudence américaine abondant dans la même direction, comme par exemple le document permettant au président Clinton d'envoyer des troupes en Somalie sans approbation du Congrès¹⁰². Troisièmement, le conseiller du BCJ fait référence aux pratiques récentes des branches exécutive et judiciaire qui appuient ses propos. Il affirme que plusieurs décisions de la Cour suprême reposent sur des décisions présidentielles de s'engager dans un conflit armé pour répondre à une menace. En effet, dans leur histoire, les États-Unis ont eu recours à la force armée plus de 200 fois ; dans 125 cas, la décision fut prise par le président sans l'aval du Congrès. Tel fut le cas notamment en Irak en 1991, en Bosnie au milieu des années 90 et au Kosovo en 1999. Quatrièmement, Yoo fait appel aux documents signés par la branche législative. Le Congrès a adopté deux lois dans lesquelles il aborde les pouvoirs présidentiels. D'une part, la *War Powers Resolution* affirme que :

Les pouvoirs constitutionnels du président, en tant que commandant en chef des forces armées, lui permettent d'engager les forces armées des États-Unis dans des hostilités [...] à condition qu'il y ait [...] une urgence nationale engendrée par une attaque contre les États-Unis, ses territoires ou ses forces armées¹⁰³.

D'autre part, la Résolution du Congrès du 14 septembre 2001 confirme le pouvoir constitutionnel du président de répondre, militairement ou autrement, aux événements du 11 septembre en précisant que le « président a le pouvoir, conformément à la Constitution, de prendre des mesures afin de dissuader ou de

¹⁰² En 1992, le secrétaire à la Justice William P. Barr affirme que le président « [...] a le pouvoir d'engager des troupes à l'étranger, sans approbation préalable spécifique du Congrès, dans des missions de bonne volonté ou de sauvetage, ou dans l'optique de protéger des vies américaines ou des biens ou des intérêts américains ». Voir O.L.C. *Authority to Use United States Military Forces in Somalia*, Op. 16, 1992. Il en va de même en 1995 lorsque le BCJ autorise le président à envoyer des troupes en Bosnie Herzégovine sans autorisation statutaire afin de contribuer à l'intervention de l'Organisation du Traité Atlantique-Nord (OTAN). Voir O.L.C. *Proposed Deployment of United States Armed Forces in Bosnia and Herzegovina*, Op. 19-327, 1995 [traduction libre par l'auteur].

¹⁰³ 93^e Congrès des États-Unis, *War Powers Act*, Article 2 (c), Public Law 93-148, 1973 [traduction libre par l'auteur].

prévenir des actes de terrorisme international contre les États-Unis »¹⁰⁴. Il s'agissait ainsi d'une déclaration d'état d'urgence.

À la lumière de cette démonstration, le 13 novembre 2001, Bush émet un décret militaire justifié, entre autres, par les deux lois du Congrès citées dans le mémo de John Yoo. Ce décret présente les raisons et les conditions de détention, de même que le déroulement d'un procès au tribunal militaire des « individus sujets à cette directive ». Considérant que l'état d'urgence a été déclaré le 14 septembre, que les attaques perpétrées ont créé un état de conflit armé nécessitant le recours à la force militaire et que le gouvernement américain a le devoir de protéger ses citoyens, le président Bush ordonne que les individus ciblés par cette directive soient détenus puis jugés par des commissions militaires. Les individus concernés ne sont pas citoyens américains ; ils ont été ou hébergent des membres d'Al-Qaïda ; ils ont commis, tenté ou encouragé des actes de terrorisme international visant à ébranler gravement les États-Unis, leurs citoyens, leur sécurité nationale, leur politique étrangère ou leur économie. Cette directive place de tels individus sous la tutelle du département de la Défense, précisant que le secrétaire de ce département « doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer que tout individu sujet à cette directive soit détenu conformément à l'article 3 [...] »¹⁰⁵, donc traité humainement, sans discrimination et que lui soient fournis nourriture, eau, vêtement, abri et traitements médicaux. Parallèlement, il importe de signaler qu'en vertu de cette directive, les procès prévus devant les commissions militaires ne sont pas tenus de se soumettre aux mêmes principes de droit et aux mêmes exigences de preuve que les cours criminelles américaines¹⁰⁶.

¹⁰⁴ 107^e Congrès des États-Unis, *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 107-40, 115 Stat. 224, 14 Septembre 2001 [traduction libre par l'auteur].

¹⁰⁵ George W. Bush, *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Presidential Military Order, 13 novembre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html> (consultée le 2 mars 2008) [traduction libre par l'auteur].

¹⁰⁶ *Idem* [traduction libre par l'auteur].

Avant que ne soient envoyés à la base navale de Guantanamo (à Cuba) le 16 janvier 2002 les premiers présumés membres d'Al-Qaïda capturés en Afghanistan¹⁰⁷, John Yoo et Patrick Philbin remettent un mémo de première importance à Haynes. Ce document porte sur la possibilité, pour les détenus de Guantanamo, de demander un mandat d'habeas corpus auprès d'une cour fédérale américaine. Il s'agit d'une procédure légale lors de laquelle un juge se prononce sur la légalité de la détention d'un individu et peut éventuellement exiger la libération d'un prisonnier. Or, dans ce mémo, Yoo et Philbin concluent qu'une demande d'ordonnance est irrecevable par une cour fédérale lorsqu'elle provient d'un prisonnier capturé en Afghanistan puis transféré à Guantanamo. Suite à une révision de la jurisprudence américaine, les deux conseillers expliquent que ce sont des étrangers ennemis (*enemy aliens*) capturés puis détenus à l'extérieur du territoire des États-Unis, ce qui leur interdirait de s'adresser à une cour fédérale américaine¹⁰⁸. Cependant, comme aucune cour n'a définitivement résolu ce problème, il leur est toujours possible de contester leur statut ou les conditions de leur détention en vertu des traités internationaux. L'administration Bush se servira malgré tout de ce mémorandum pour décourager les détenus de Guantanamo de procéder à une telle demande auprès d'une cour fédérale américaine.

Puisque ce dernier mémo envisage l'éventualité que la demande d'un détenu soit reçue par une cour américaine (en vertu des Conventions de Genève), John

¹⁰⁷ Dans les semaines suivant les événements du 11 septembre 2001, les conseillers juridiques du Département d'État, de la Maison Blanche et du ministère de la Justice se réunissent afin de discuter des enjeux liés à la détention et au jugement des membres présumés d'Al-Qaïda. Après discussions, ils déterminent que les centres de détention doivent se trouver à l'extérieur des États-Unis. Cuba n'ayant aucun contrôle sur la base navale de Guantanamo, celle-ci ne serait pas soumise à l'interférence d'un gouvernement local. La raison avancée par ces conseillers est que les systèmes carcéral et judiciaire américains sont alors très embourbés et qu'ils ne pourraient assumer la détention et le procès d'un aussi grand nombre de présumés terroristes. Voir J. Yoo, *War By Other Means*, *Op. cit.*, p. 142 ; Jonathan Raban, « The Prisoners Speak », *The New York Review of Books*, 5 octobre 2006, pp. 25-28 ; Joseph Margulies, *Guantanamo and the Abuse of Presidential Power*, New York : Simon and Schuster, 2006.

¹⁰⁸ Patrick F. Philbin et John C. Yoo, *Possible Habeas Jurisdiction over Aliens Held in Guantanamo Bay, Cuba*, Memorandum for William J. Haynes II, Office of Legal Counsel, 28 décembre 2001. In K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, pp. 29-37.

Yoo et Robert Delahunty¹⁰⁹ travaillent, pendant les deux semaines suivantes, sur l'inapplication de ces conventions aux membres d'Al-Qaïda et aux Talibans. L'ébauche d'un mémo, adressé encore une fois au conseiller général de la Défense, aborde trois éléments fondamentaux : la protection des membres d'Al-Qaïda, celle des membres du régime taliban et l'application du droit coutumier international à ces deux groupes. Dans les trois cas, Yoo et Delahunty concluent que les Conventions de Genève ne s'appliquent pas¹¹⁰.

1.2 L'inapplication des Conventions de Genève à Al-Qaïda

Dans le cas des membres présumés d'Al-Qaïda, le mémo de Yoo et Delahunty étaye trois arguments selon lesquels Al-Qaïda ne peut jouir des protections assurées par le droit de Genève.

Dans un premier temps, le statut d'Al-Qaïda la rend inéligible à de telles protections. En effet, trois facteurs expliquent cet état de fait. D'abord, il ne s'agit pas d'un État-nation mais bien d'une organisation terroriste transnationale non-étatique qui promeut des valeurs et des idées politiques par la violence. Composée de membres provenant de divers États, elle est unie dans sa volonté de s'attaquer aux Américains à travers le monde. En vertu de l'article 2 commun aux Conventions de Genève, ces dernières s'appliquent uniquement lorsqu'une guerre ou un conflit armé est déclaré entre deux ou plusieurs États membres. Or, Al-Qaïda, en tant qu'organisation transnationale, n'est partie d'aucun traité international, y compris les Conventions de Genève, et ne peut par conséquent pas bénéficier de leurs protections¹¹¹. Ensuite, la nature du conflit entre les États-Unis

¹⁰⁹ Robert J. Delahunty est conseiller général adjoint au ministère de la Sécurité intérieure de 2002 à 2003. Avant d'occuper ce poste, il travaille au ministère de la Justice à partir de 1986, puis au Bureau du conseil juridique de 1989 à 1992. Voir K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, p. xxxi.

¹¹⁰ John Yoo et Robert J. Delahunty, *Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees*, Memorandum for William J. Haynes II, Office of Legal Counsel, 9 janvier 2002. In K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, pp. 38-79.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 48.

et cette organisation est incompatible avec l'application de l'article 3 commun aux conventions. Tel que présenté en introduction, l'article 3 protège les prisonniers faits lors d'un conflit ainsi que les personnes ne participant pas directement aux hostilités contre les traitements humiliants, inhumains ou dégradants, des prises d'otage ou de toute atteinte à l'intégrité physique¹¹². Comme le soulignent Yoo et Delahunty, et là se trouve le cœur de leur argumentation :

Le texte de l'article 3, lorsque lu en harmonie avec l'article 2, montre que les Conventions de Genève étaient prévues pour s'appliquer soit à une guerre traditionnelle entre deux États-Nations (article 2), ou à une guerre civile non-internationale (article 3). Notre conflit avec Al-Qaïda n'entre dans ni l'une ni l'autre de ces catégories. Le conflit en cours n'est pas une guerre internationale entre des États-nations, mais plutôt un conflit entre un État-nation et une organisation non-gouvernementale¹¹³.

De plus, il ne s'agit pas d'une guerre civile opposant deux factions luttant pour le contrôle d'un territoire, mais plutôt d'un conflit à caractère international. En ce sens, les Conventions de Genève ne peuvent s'appliquer aux membres d'Al-Qaïda. Enfin, Yoo et Delahunty abordent la question du traitement des membres de cette organisation comme prisonniers de guerre (*prisonners of war (POWs)*) en vertu de la Troisième convention. D'après son article 4 (A)(2), le statut de prisonnier de guerre ne s'applique pas uniquement aux membres des forces armées d'un État membre, mais aussi à ceux de milices, de corps volontaires ou de mouvements organisés de résistance. Il inclut de plus (A)(3) les membres de forces armées régulières prêtant allégeance à une autorité ou un gouvernement qui n'est pas reconnu par l'État membre détenant le prisonnier. À la lecture de ces termes, il serait envisageable que les membres d'Al-Qaïda soient considérés comme des prisonniers de guerre lorsque capturés en Afghanistan. Cependant, les deux conseillers considèrent qu'une telle interprétation est erronée car selon la leur, l'article 4 n'entre en jeu que lorsque les articles 2 et 3 s'appliquent. Comme

¹¹² *Convention de Genève relative aux prisonniers de guerre*, titre 1, article 3, 12 août 1949. Voir l'introduction de ce mémoire, p. 7.

¹¹³ John Yoo et Robert J. Delahunty. In Karen J. Greenberg et Joshua L. Dratel, *Op. cit.*, p. 49 [traduction libre par l'auteur].

le conflit avec Al-Qaïda n'est pas soumis aux lois des Conventions de Genève, l'article 4 sur le statut de prisonnier de guerre est inapplicable.

L'argumentation de Yoo et Delahunty quant au statut des membres d'Al-Qaïda se termine en précisant que, même s'ils se considéraient couverts par l'article 4, ceux-ci ne rempliraient pas les conditions nécessaires exigées par la Quatrième Convention de La Haye de 1907. Afin d'obtenir le statut de prisonnier de guerre, les individus doivent effectivement obéir à quatre critères : ils doivent premièrement combattre sous la direction de responsables; deuxièmement, porter un signe distinctif fixe reconnaissable de loin; troisièmement, porter les armes ouvertement et quatrièmement, se conformer aux lois et coutumes de la guerre¹¹⁴. D'après l'analyse des conseillers du BCJ, les membres d'Al-Qaïda ne répondent nullement à ces exigences :

Ils se sont attaqués à des cibles purement civiles d'aucune valeur militaire, ils ont refusé de porter un uniforme ou une insigne et de porter les armes ouvertement, ils ont délibérément ciblé et tué des milliers de civils et n'obéissent aucunement aux lois de la guerre concernant la protection des civils ou les méthodes légitimes de combat¹¹⁵.

1.3 Le droit de Genève et les milices talibanes

Dans cette note du 9 janvier 2002, Yoo et Delahunty entreprennent la même démarche au sujet du statut et du traitement des Talibans dans le cadre du conflit en Afghanistan. Tout comme dans le cas des membres d'Al-Qaïda, les Conventions de Genève ne peuvent s'appliquer aux milices talibanes.

Malgré la ratification des Conventions de Genève par l'Afghanistan en septembre 1956, le BCJ opine que cela n'en fait pas pour autant une Haute Partie contractante et ce, en raison de sa situation politique au début du conflit armé avec

¹¹⁴ Comité international de la Croix-Rouge, *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Article I, Chapitre 1, Article premier, La Haye, 18 octobre 1907. Disponible [en ligne] : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/195> (consultée le 6 mars 2008).

¹¹⁵ John Yoo et Robert J. Delahunty. In Karen J. Greenberg et Joshua L. Dratel, *Op. cit.*, p. 50 [traduction libre par l'auteur].

les États-Unis. En effet, la conjoncture particulière dans laquelle se trouve l'Afghanistan fait en sorte que malgré la ratification, le territoire afghan est considéré par le gouvernement américain, au moment des premiers bombardements, comme un « État en déliquescence »¹¹⁶ (voir encadré 2.1).

Encadré 2.1
État en déliquescence

Un « État déstructuré », « failli » ou « déliquescence » (*failed state*) est un pays qui ne peut assurer ses missions essentielles, notamment le respect de l'état de droit et des droits humains. Ce terme apparaît à la fin de la Guerre froide lorsque certains politologues constatent qu'à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale et surtout depuis la fin du conflit entre l'Est et l'Ouest, les guerres conventionnelles entre les États-nations ont fait place aux conflits intra-étatiques¹¹⁷. En 2005, le *Fund for Peace* propose un indice de vulnérabilité (*Failed State Index*) élaboré en fonction de trois types d'indicateurs :

Indicateurs sociaux : pressions démographiques, mouvements de réfugiés, cycles de violences communautaires, émigration chronique et soutenue ;

Indicateurs économiques : inégalité de développement, déclin économique subit ou prononcé ;

Indicateurs politiques : criminalisation et délégitimation de l'État, détérioration des services publics, violations généralisées des droits humains, existence d'un appareil de sécurité constituant un État dans l'État (milices), factions au sein de l'élite, présence de puissances étrangères.

Ces indicateurs permettent de connaître le degré de vulnérabilité d'un État : forte, préoccupante, modérée ou stable¹¹⁸. En 2005, l'Afghanistan occupait le 11^e rang des 177 pays évalués (le premier étant le plus vulnérable), le 10^e en 2006 puis le 8^e en 2007¹¹⁹.

Contrôlé par les milices talibanes, l'Afghanistan n'est pas dirigé par un gouvernement central dûment élu démocratiquement. Considérant l'histoire du

¹¹⁶ En novembre 2001, lors d'une conférence de presse, Donald Rumsfeld s'est prononcé sur la situation politique en Afghanistan et sur le statut qui en découle : « Les Talibans ne forment pas un gouvernement. Il n'y pas de gouvernement afghan à ce jour. Les Talibans n'ont jamais formé un gouvernement en tant que tel [...] ». Voir Donald Rumsfeld, *Secretary Rumsfeld Media Availability on Route to Moscow*, 2 novembre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2001/11/mil-011103-usia01.htm> (consultée le 6 mars 2008) [traduction libre par l'auteur].

¹¹⁷ Robert Schütte, « La sécurité humaine et l'État fragile », *Revue de la Sécurité Humaine*, février 2007, p. 92-94.

¹¹⁸ The Fund for Peace and Foreign Policy Magazine, « The Failed States Index 2007 », *Foreign Policy*, Juillet-août 2007. Disponible [en ligne] : http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=3865 (consultée le 6 mars 2008).

¹¹⁹ The Fund for Peace, « Afghanistan ». Disponible [en ligne] : http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=253&Itemid=395 (consultée le 8 mars 2008).

pays et la façon dont les Talibans s'emparent du pouvoir dans les années 90 (voir encadré 2.2), d'après Yoo et Delahunty, ceux-ci ne doivent pas être considérés comme des membres d'un gouvernement légitime et responsable, mais uniquement comme une faction ou un mouvement de guerre s'étant formé afin de prendre le contrôle du territoire. Parallèlement, faisant la lumière sur la violence endémique, les difficultés économiques et l'absence quasi totale de services publics mis à la disposition de la population afghane, les deux conseillers juridiques concluent que l'Afghanistan souffre d'une absence d'État central lors du déclenchement du conflit avec les États-Unis et, par conséquent, n'est pas une Haute Partie contractante des Conventions de Genève¹²⁰. Selon Yoo et Delahunty, même si l'on décide de reconnaître l'État afghan sous le régime taliban, le président américain détient malgré tout le pouvoir constitutionnel de décider si l'Afghanistan est redevenu partie entière des Conventions de Genève.

Parallèlement, les deux conseillers tiennent compte de la relation entre le régime taliban et Al-Qaïda en précisant que leur coopération est si étroite qu'il devient même difficile de distinguer leurs activités, car elles se chevauchent considérablement. En effet, les Talibans ne se sont jamais soumis à la résolution 1333 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies en 2000 les sommant de rendre Ben Laden aux autorités policières et de cesser toute connivence avec son réseau de terrorisme international¹²¹. Agissant davantage en groupe criminel organisé qu'en gouvernement, les Talibans peinent à bâtir et entretenir des relations diplomatiques avec d'autres États : même l'Arabie Saoudite et les Émirats Arabes Unis, les deux seuls États à reconnaître le régime taliban hormis le Pakistan, ont suspendu leurs relations diplomatiques avec l'État afghan après

¹²⁰ John Yoo et Robert J. Delahunty. In K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, p. 55 [Traduction libre par l'auteur].

¹²¹ Conseil de sécurité des Nations Unies (4251^e séance), *Résolution 1333*, 19 décembre 2000. Disponible [en ligne] : <http://www.un.org/french/docs/sc/2000/res1333f.pdf> (consultée le 8 mars 2008).

avoir été mis au fait de la protection offerte à Ben Laden par ce régime¹²². Pour ces raisons, d'après Yoo et Delahunty, les Talibans doivent être placés sur le même pied d'égalité qu'Al-Qaïda et ne doivent donc pas bénéficier des protections offertes par les Conventions de Genève¹²³.

N'étant pas protégés par le droit de Genève, les Talibans ne peuvent obtenir le statut de « prisonniers de guerre ». Pour en bénéficier en vertu de la Troisième convention, les Talibans doivent remplir les obligations qui en découlent, notamment le respect des lois et coutumes de la guerre, ce qu'ils ont omis de faire.

Pour justifier l'inapplication du droit de Genève si des accusations sont portées à l'endroit du gouvernement américain, le président a le pouvoir de suspendre ou de mettre fin à un traité international. D'après leur interprétation de l'article II de la Constitution, Yoo et Delahunty estiment qu'en tant que représentant des États-Unis à l'échelle internationale, le président peut décider si un traité est toujours valable dans le cas où un État signataire perd ou obtient sa souveraineté. Dans le cas de l'Afghanistan sous le régime taliban, George W. Bush peut donc suspendre l'application des Conventions de Genève à l'Afghanistan s'il prend en compte les violations du droit international et des droits humains qui s'y déroulent¹²⁴.

¹²² Site du *USA Today*, « A Look at the Taliban », 30 septembre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.usatoday.com/news/world/2001/thetaliban.htm> (consultée le 8 mars 2008).

¹²³ John Yoo et Robert J. Delahunty. In K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, p. 59.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 67.

Encadré 2.2

L'Afghanistan: histoire et situation politique

Aujourd'hui République islamique, ce pays d'Asie du Sud-ouest est bordé par le Turkménistan, l'Ouzbékistan, le Tadjikistan, l'Iran, la Chine et le Pakistan. Plaque tournante de cette région, l'Afghanistan passe de royaume entre 1926 et 1973 à république entre 1973 et 1977. Dès la décennie 1920, certains partis extrémistes émergent dont le Parti populaire et démocratique d'Afghanistan (PPDA), d'allégeance communiste sous l'aile de l'Union soviétique. Suite à un coup d'état en 1978, le PPDA accède au pouvoir en envahissant la majorité du pays après avoir vaincu la rébellion anti-communiste¹²⁵. Cependant, en 1992, ne parvenant pas à contenir les « combattants de la liberté », des moudjahidines appuyés par les États-Unis, le Pakistan et l'Arabie Saoudite, à l'extérieur de Kaboul, le régime prosoviétique abdique, l'Armée rouge se retire et les moudjahidines afghans s'emparent du pouvoir.

La fin de la Guerre froide fait place à la guerre civile alimentée par les nombreux clivages ethniques et religieux. Le pays qui était auparavant le théâtre de la rivalité Est-Ouest devient désormais celui des combats entre clans. Les années 90 sont témoins de l'apparition des Talibans, groupe constitué de réfugiés pachtounes exilés au Pakistan où la plupart ont étudié à l'école coranique¹²⁶. En 1996, les Talibans s'emparent de Kaboul et du pouvoir, sans aucun titre politique. À partir de ce moment jusqu'en octobre 2001 lors des premiers bombardements américains en réponse aux événements du 11 septembre, les Talibans demeurent à la tête du pays en établissant un régime répressif servant à imposer un code islamique sévère. Ils commettent plusieurs actes allant à l'encontre des droits humains envers les femmes, les filles et certaines minorités ethniques.

Le jeu géostratégique se déroulant dans cette région contribue à l'instabilité persistante de l'Afghanistan. Chaque puissance limitrophe espère en effet tirer son épingle du jeu. Le Pakistan souhaite garder la mainmise sur certaines régions du pays pour rivaliser avec l'Inde; l'Arabie Saoudite y encourage un mouvement radical sunnite pour contrer l'Iran et l'Irak; l'Iran désire conserver le contrôle de la minorité chiite et l'Inde encourage le régime présentement en place pour s'ériger contre le Pakistan¹²⁷.

Ayant constamment été déchiré par des luttes tribales, l'Afghanistan n'a jamais bénéficié d'un pouvoir central stable, élu lors d'élections démocratiques et reconnu par l'ensemble de la communauté internationale : seuls le Pakistan, l'Arabie Saoudite et les Émirats Arabes Unis ont reconnu le régime taliban. Les Talibans se font par ailleurs reprocher par la communauté internationale d'avoir hébergé Oussama Ben Laden et de lui avoir permis d'installer des camps d'entraînement d'Al-Qaïda en territoire afghan, puis de financer leur régime grâce à la production d'opium.

¹²⁵ Michael Dewing, Bibliothèque du Parlement canadien – Service d'information et de recherches parlementaires, « Afghanistan : Histoire et système de gouvernement », 9 octobre 2007. Disponible [en ligne] : <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0716-f.htm> (consultée le 6 mars 2008).

¹²⁶ Olivier Roy, « Afghanistan : les raisons d'un conflit interminable », *Cultures & Conflits*, No. 1, 1990, pp. 13-23.

¹²⁷ Association Thucydide, « L'Afghanistan depuis le VI^e siècle av. J.C. ». Disponible [en ligne] : <http://www.thucydide.com/realisations/utiliser/chronos/afghanistan.htm> (consultée le 6 mars 2008).

1.4 Le président et les combattants illégitimes

Le brouillon écrit par Yoo et Delahunty le 9 janvier 2002 est envoyé par Bybee à Gonzales et Haynes le 22 janvier¹²⁸. Reprenant essentiellement les informations déjà transmises dans les mémos précédents, ce mémorandum mène à l'écriture, par Gonzales, d'une note adressée au président Bush. Après avoir exposé les avantages et inconvénients de l'application du droit de Genève au conflit en Afghanistan, le conseiller juridique du président affirme que, d'après son interprétation et celle du BCJ, les avantages ne sont pas convaincants. D'une part, l'idée voulant que les États-Unis n'aient jamais décidé de ne pas appliquer les Accords de Genève est fautive. De l'autre, l'argument selon lequel cette décision envenimerait les relations des États-Unis avec leurs alliés est irrecevable puisque les forces armées américaines traiteront, malgré tout, les détenus *humainement*, en cohérence avec les nécessités militaires et *en vertu des standards minimums reconnus internationalement*¹²⁹.

Le lendemain, insatisfait des informations présentées à Bush, Colin Powell soumet à Gonzales et Condoleezza Rice, conseillère pour la Sécurité nationale, l'opinion du Département d'État quant au statut devant être octroyé aux Talibans et aux membres d'Al-Qaïda (voir annexe A)¹³⁰. Préoccupé par l'absence de certains éléments devant être pris en compte, Powell commente les arguments du mémo de Gonzales en espérant que des modifications y soient apportées. Ses

¹²⁸ Voir Jay S. Bybee, *Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees*, Memorandum for Alberto Gonzales Counsel to the President, and William J. Haynes II General Counsel of the Department of Defense, 22 janvier 2002. In K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, pp. 81-117.

¹²⁹ Alberto R. Gonzales, *Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict With Al Qaeda and the Taliban*, Memorandum for the President. 25 janvier 2002. *Ibid.*, pp. 118-121.

¹³⁰ Colin L. Powell, *Draft Decision Memorandum for the President on the Applicability of the Geneva Convention to the Conflict in Afghanistan*, 26 janvier 2002. *Ibid.*, pp. 122-125.

positions sont, par ailleurs, appuyées par son conseiller juridique William Taft IV, dans un mémo daté du 2 février 2002 (voir annexe B)¹³¹.

Le statut que le gouvernement américain doit accorder aux Talibans et aux membres d'Al-Qaïda continue de faire objet de litiges entre le Département d'État et les conseillers juridiques du président. Il donne naissance à des mémorandums supplémentaires (voir annexe C)¹³² répétant les arguments déjà évoqués et ce, jusqu'au 7 février 2002 où le président Bush, à la lumière des possibilités qui lui sont exposées, arrête sa décision (voir annexe D).

Dans un document de moins de deux pages, Bush se range derrière le ministère de la Justice et conclut qu'aucune disposition des Conventions de Genève ne s'applique à Al-Qaïda. Cependant, il ne recourt pas à son pouvoir de suspension des traités et décide d'appliquer le droit de Genève aux combattants talibans. Toutefois, l'article 3 n'est appliqué ni à l'un ni à l'autre. Bush ajoute que, bien que le statut de prisonniers de guerre ne leur soit pas conféré, les détenus doivent être traités humainement par les forces armées et le département de la Défense. Dans ses propos, le président Bush précise par ailleurs qu'il considère ces détenus comme des combattants illégitimes (*unlawful combatants*)¹³³.

¹³¹ William H. Taft IV, *Comments on Your Paper on the Geneva Convention*, Memorandum to the Counsel to the President, 2 février 2002. *Ibid.*, p. 129-133.

¹³² Voir à ce sujet John Ashcroft, [Sans titre], 1^{er} février 2002. *Ibid.*, pp. 126-127 ; Jay S. Bybee, *Status of Taliban Forces Under Article 4 of the Third Geneva Convention of 1949*, Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, 7 février 2002. *Ibid.*, pp. 136-143.

¹³³ George W. Bush, *Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees*, Memorandum for the Vice-President, the Secretary of State, the Secretary of Defense, the Attorney General, Chief of Staff to the President, Director of Central Intelligence, Assistant to the President for National Security Affairs, Chairman of the Joint Chiefs of Staff, 7 février 2002. *Ibid.*, pp. 135-135.

2. UNE REDÉFINITION DE LA TORTURE RÉPONDANT AUX NOUVEAUX BESOINS ANTITERRORISTES

2.1 Un outil pour le renseignement américain

2.1.1 Un « nouveau paradigme »

D'après les explications de l'administration Bush, les attentats du 11 septembre 2001 tels qu'orchestrés par Al-Qaïda jettent les bases d'un « nouveau paradigme ». Cette expression, utilisée dans la plupart des mémos menant à la redéfinition de la torture, fait référence à la nouvelle menace à laquelle les États-Unis et la communauté internationale sont confrontés. À cet effet, dans un mémorandum du 25 janvier 2002 (voir annexe E), Alberto Gonzales précise au président Bush que la lutte contre le terrorisme est un nouveau type de guerre. Il ne s'agit pas d'un conflit armé déclaré entre deux États-nations qui adhèrent au droit et aux coutumes de la guerre. Pour Gonzales et les conseillers du BCJ, ce « nouveau paradigme » rend les Conventions de Genève obsolètes¹³⁴. Ce concept est ainsi cité par le président Bush dans sa note du 7 février 2002 où il confirme l'inapplication des Conventions de Genève aux membres d'Al-Qaïda :

[...] la guerre contre le terrorisme inaugure un nouveau paradigme, celui dans lequel un groupe à portée internationale commet d'horribles actes envers des civils innocents, parfois même avec le soutien de certains États. Notre Nation admet que ce nouveau paradigme [...] oblige à repenser le droit de la guerre [...]¹³⁵.

Pour certains politologues, ce « nouveau paradigme » voit le jour non pas le 11 septembre 2001, mais plutôt en 1993 lors des premiers attentats contre le WTC.

¹³⁴ Alberto Gonzales, *Op. cit.*, p. 119. La presse américaine a grandement contesté les propos de Gonzales, surtout son utilisation du mot « *quaint* » pouvant signifier « archaïque ». Cependant, bien que le terme puisse paraître radical, lorsqu'il est lu dans son contexte, sa portée semble moins brutale. En effet, Gonzales qualifie d'archaïque certaines des provisions des Conventions de Genève et non pas le droit de Genève dans son ensemble. Il utilise toutefois le mot « obsolète » en parlant des limites imposées par les Conventions de Genève aux méthodes d'interrogation. Voir James P. Pfiffner, « The Contemporary Presidency. Constraining Executive Power : George W. Bush and the Constitution », *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 38, No. 1, mars 2007, p. 125 (note de bas de page).

¹³⁵ George W. Bush, *Humane Treatment of al Qaeda Detainees*, *Op. cit.*, p. 134 [traduction libre par l'auteur].

Ils considèrent de plus que les motifs du nouveau terrorisme diffèrent : les revendications d'extrême gauche font désormais place à celle d'extrême droite, notamment en Europe avec les fervents de la « suprématie blanche » et les mouvements nationalistes extrémistes¹³⁶. Le terrorisme moderne se distingue de trois façons. D'abord, sa caractéristique principale est l'idéologie religieuse, reposant sur la différence des systèmes de valeurs, des mécanismes de légitimation et de justification, puis sur une conception différente de la moralité¹³⁷. Ensuite, il diffère dans sa volonté de détruire des sociétés en s'attaquant indifféremment à la population, plutôt que par ses demandes et revendications politiques¹³⁸. Enfin, il fonctionne en réseaux transnationaux plutôt que sous forme hiérarchique. Ces imposants réseaux rassemblent des individus qui sont formés au fur et à mesure par le réseau et ses intermédiaires¹³⁹.

Malgré la remise en question de ce concept par des experts du terrorisme, pour l'administration Bush, ce « nouveau paradigme » exige l'adaptation de ses actions en matière de politique étrangère. Comme il ne s'agit plus maintenant d'une guerre traditionnelle, l'arsenal militaire semble désormais moins important et c'est là que, pour les conseillers juridiques du président Bush, le renseignement devient primordial et justifie l'utilisation de méthodes d'interrogation draconiennes. Comme le souligne John Yoo, « l'information est l'arme primordiale dans cette guerre contre un ennemi aussi insaisissable. Et les membres d'Al-Qaïda faits prisonniers constituent la source d'information la plus fiable »¹⁴⁰.

¹³⁶ Paul Wilkinson, « Terrorism : Motivations and Causes », Canadian Security Intelligence Service, janvier 1995, pp. 4-5. Disponible [en ligne] : <http://www.csis-scrs.gc.ca/eng/comment/com53e.html> (consultée le 8 mars 2008).

¹³⁷ Bruce Hoffman, *Inside Terrorism*, London : St. Andrews, 1998, p. 87, 94.

¹³⁸ Walter Laqueur, *The New Terrorism : Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, Londres : Oxford, 1999, p. 4.

¹³⁹ Thomas Copeland, « Is the 'New Terrorism' Really New? An Analysis of the New Paradigm for Terrorism », *The Journal of Conflict Studies*, Vol. XXI, No. 2, hiver 2001.

¹⁴⁰ Frontline, PBS, « The Torture Question. Interview With John Yoo », *Op. cit.*

Gardant en tête l'objectif d'obtenir le plus de renseignements possibles, les conseillers juridiques du BCJ s'affairent à légitimer le recours à des techniques d'interrogation sévères : la fin justifie les moyens. Dans un document soumis à Alberto Gonzales, ils proposent leur propre définition de la torture.

2.2 Une définition plus flexible

Le 1^{er} août 2002, Jay S. Bybee, alors secrétaire adjoint à la Justice, fait parvenir un document (surnommé '*Torture Memo*' par les médias) à Alberto Gonzales. Bien qu'il soit signé par Bybee, les autres départements de l'administration Bush accusent les conseillers juridiques du « conseil de guerre », plus précisément John Yoo et David Addington, d'en être les auteurs. Nous divisons en quatre parties ce document offrant et justifiant une nouvelle définition de la torture.

2.2.1 L'intention spécifique

Le BCJ fait référence au Statut fédéral anti-torture qui définit la torture comme un :

[...] acte commis par une personne qui, représentant la loi et l'ordre, a l'intention spécifique d'infliger des douleurs ou souffrances physiques ou psychologiques sévères à une autre personne détenue sous sa responsabilité ou son contrôle physique¹⁴¹.

Par conséquent, pour accuser un individu de torture, la poursuite doit présenter cinq preuves. Premièrement, elle doit prouver que la torture a eu lieu à l'extérieur des États-Unis; deuxièmement, que le défendeur a agi en représentant de la loi et de l'ordre; troisièmement, que la victime était détenue sous sa responsabilité ou son contrôle physique; quatrièmement, que le défendeur avait l'intention spécifique d'infliger des douleurs ou souffrances physiques ou psychologiques sévères; et cinquièmement, que le geste a effectivement infligé des douleurs ou souffrances physiques ou psychologiques sévères. Or, il paraît difficile de prouver les quatrième et cinquième éléments : en effet, comment prouver une intention?

¹⁴¹ *Federal Anti-torture Statute, Op. cit.* Voir l'introduction de ce mémoire, p. 11 [traduction libre par l'auteur].

Comment prouver que les douleurs infligées ont été sévères ? Ainsi, en vertu de cette loi, l'accusation de torture d'un individu semble difficile à obtenir. Pour ce faire, il faut d'abord et avant tout déterminer ce que sont des « douleurs ou souffrances physiques ou psychologiques sévères ».

2.2.2 La douleur et la souffrance sévères

Afin de définir la douleur et la souffrance sévères, les conseillers juridiques du BCJ ont recherché l'expression « douleur sévère » dans la jurisprudence américaine : certaines lois définissent la « condition médicale d'urgence » (*emergency medical condition*). D'après l'une de ces lois, la douleur sévère met la santé de la personne en sérieux péril, peut entraîner l'handicap au niveau des membres ou le dysfonctionnement de membres ou d'organes. D'après ces lois, une personne ayant une telle condition physique et n'étant pas soignée peut subir la mort, l'arrêt ou le dysfonctionnement des organes vitaux ou des membres du corps. Les conseillers juridiques soulignent que, même si cette définition est tirée d'un contexte tout autre que celui de la lutte contre le terrorisme, elle permet de comprendre ce que sont la douleur et la souffrance sévères. Pour ceux-ci, il faudrait que des actions causent de telles conditions pour qu'elles soient considérées comme des actes de torture¹⁴².

Cette comparaison controversée est grandement critiquée par de nombreux juristes qui considèrent peu professionnel de la part d'avocats la construction d'une définition de la « douleur et de la souffrance sévères » à l'aide de bribes d'autres définitions entièrement retirées de leur contexte. De plus, on reproche aux conseillers juridiques du BCJ d'avoir utilisé des dictionnaires qu'ils avaient préalablement sélectionnés pour y trouver diverses définitions du terme « sévère ».

¹⁴² Jay S. Bybee, *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. § 2340-2340A*, Memorandum pour Alberto Gonzales, 1^{er} août 2002. In K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, p. 176.

2.2.3 La douleur et la souffrance psychologiques sévères

Dans le texte de la *Loi fédérale anti-torture*, la douleur et la souffrance psychologiques sévères sont définies comme étant « le mal psychologique prolongé résultant de :

- (A) d'avoir infligé ou menacé d'infliger intentionnellement un supplice physique;
- (B) l'administration ou la menace d'administration de substances illicites altérant la pensée ou autres procédures devant servir à désorganiser profondément les sens de la personnalité;
- (C) la menace d'une mort imminente;
- (D) la menace qu'une autre personne sera éminemment sujette à la mort, à des douleurs physiques sévères, à l'administration de substances illicites altérant la pensée ou autres procédures devant servir à désorganiser profondément les sens de la personnalité »¹⁴³.

Ainsi, comme le précise la loi, le « mal psychologique prolongé » doit résulter des actes précités pour qu'il s'agisse de « douleurs et souffrances psychologiques sévères ». Les conseillers juridiques du BCJ mettent donc l'accent sur la dimension temporelle du traumatisme engendré par des gestes de violence pouvant être considérés comme des actes de torture. Ils précisent que ces actes doivent occasionner des dommages psychologiques prolongés (mais pas nécessairement permanents) tels que le syndrome de stress post-traumatique, la dépression chronique ou d'autres maladies mentales pouvant s'échelonner sur plusieurs mois ou années¹⁴⁴. Encore une fois, les arguments avancés par les auteurs du mémorandum compliquent la poursuite en justice des individus soupçonnés, car il faut à la fois prouver que ces désordres psychologiques durent pendant plusieurs mois, qu'ils résultent des actes infligés à la victime et que ces gestes étaient intentionnels. Par ailleurs, les conseillers ne réussissent pas à déterminer ce que sont des « substances illicites altérant la pensée ».

¹⁴³ *Federal Anti-torture Statute, Op. cit.* Voir l'introduction de ce mémoire, p. 11 [traduction libre par l'auteur].

¹⁴⁴ Jay S. Bybee, *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. § 2340-2340A, Op. cit.*, p. 177.

En résumé, les conseillers juridiques du BCJ considèrent que la torture doit être définie en rassemblant toutes ces interprétations. Dès lors, la nouvelle définition à laquelle ils parviennent est la suivante :

Des actes causant une douleur associée à une condition physique ou des blessures sévères telles que l'arrêt ou le dysfonctionnement des organes vitaux ou des membres du corps, ou même la mort. Pour qu'il s'agisse de la torture (en vertu du droit américain), la souffrance purement psychologique doit occasionner un mal psychologique significatif d'une période significative, c'est-à-dire pour des mois ou même des années¹⁴⁵.

Cette nouvelle lecture définit la torture en des termes extrêmes, laissant place à de nombreuses actions qui n'entrent pas dans la définition. Selon cette interprétation des conseillers juridiques du président Bush, la chaleur et le froid intenses, les jeûnes forcés, l'isolement dans le noir pendant des dizaines de jours, les chiens et les positions insoutenables ne sont pas de la torture, car ils n'occasionnent pas la mort, l'infirmité, le dysfonctionnement ou l'arrêt d'organes vitaux¹⁴⁶. L'éclatement du scandale du camp Rédemption à Abou Ghraib en 2004 a d'ailleurs levé le voile sur l'utilisation de telles techniques d'interrogation par des militaires américains¹⁴⁷. Il importe de souligner que le manuel de référence de l'Armée américaine sur les interrogatoires établit des règles plus strictes. Il interdit notamment de faire souffrir à l'aide de produits chimiques; d'obliger un détenu à demeurer debout, assis ou à genoux dans des positions anormales pour de longues périodes et de ne pas nourrir les détenus. En termes de torture

¹⁴⁵ En anglais, la torture est définie ainsi : « Acts that cause the amount of pain associated with sufficiently serious physical condition or injury such as organ failure, or serious impairment of bodily function, or even death. For purely mental pain or suffering to amount to torture (under U.S. law), it must result in significant psychological harm or significant duration, e.g., lasting for months or even years ». *Idem* [traduction libre par l'auteur].

¹⁴⁶ John Barry, Michael Hirsh et Michael Isikoff, « The Roots of Torture », *Newsweek*, 24 mai 2004.

¹⁴⁷ Les rapports du Panel Schlesinger et du Pentagone relèvent sept catégories d'abus: l'abus physique, l'utilisation de chiens, les traitements humiliants et dégradants, la nudité, la photographie, la simulation de positions sexuelles et l'isolement inapproprié. Voir à ce sujet Steven Strasser, *The Abu Ghraib Investigations : The Official Reports of the INDEPENDENT PANEL and the PENTAGON on the Shocking Prisoner Abuse in Iraq*, New York: Public Affairs, 2004, pp. 113-114.

psychologique, l'Armée américaine prohibe la moquerie et la privation de sommeil, entre autres¹⁴⁸.

2.2.4 Éviter les problèmes constitutionnels et protéger le personnel américain

Comme dans la plupart des mémorandums précédents, les conseillers juridiques prennent position sur la question des pouvoirs présidentiels. Ils rappellent que, selon leur lecture de la Constitution américaine, le président jouit du pouvoir absolu de diriger les opérations en situation de conflit : le pouvoir exécutif et le commandement des forces militaires et navales sont des pouvoirs acquis de la présidence. La force du propos des conseillers réside dans leur interprétation des pouvoirs du Congrès en temps de conflit. Ainsi, afin de respecter les pouvoirs conférés au président par le texte constitutionnel, le Congrès ne peut fixer les conditions sous lesquelles le président contrôle la conduite des opérations lors d'une guerre. En résumé, d'après le BCJ, « le pouvoir présidentiel de détenir et d'interroger les combattants illégitimes est inhérent à sa qualité constitutionnelle de commandant en chef »¹⁴⁹. Par conséquent, si le président Bush décide de recourir à certaines méthodes d'interrogation particulières afin d'obtenir des informations de la part de membres d'Al-Qaïda, le Congrès ne peut s'y opposer car il l'empêcherait d'exercer son plein pouvoir exécutif.

Il est par ailleurs question de la protection juridique du personnel civil et militaire en fonction dans le cadre de la guerre en Afghanistan et de la lutte contre Al-Qaïda. Le BCJ considère qu'il est possible pour les membres de l'armée ayant posé des gestes douteux de justifier leurs actions, dans deux cas précis. Dans le premier cas, il s'agit de la « nécessité » aussi qualifiée de « défense du choix entre

¹⁴⁸ U.S. Department of the Army, *FM 34-52. Intelligence Interrogation*, 8 mai 1987. Disponible [en ligne] : <http://www.globalsecurity.org/intell/library/policy/army/fm/fm34-52/> (consultée le 17 mars 2008). Voir aussi : Dana Priest et Jeffrey R. Smith, « Memo Offered Justification for Use of Torture », *The Washington Post*, 8 juin 2004, p.A1.

¹⁴⁹ Jay S. Bybee, *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. § 2340-2340A*, *Op. cit.*, p. 203.

deux maux » (*'choice of evils' defense*) : l'individu estime qu'il est nécessaire de poser des gestes extrêmes afin de prévenir une menace imminente. Dans le second cas, les conseillers parlent de légitime défense, un recours bien établi dans le droit américain, que ce soit pour les individus ou pour l'État dans son ensemble. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la légitime défense diffère de celle utilisée en temps normal : habituellement, la justification de l'auto-défense fait allusion à l'utilisation de la force contre un individu sur le point d'attaquer. Or, dans la lutte contre Al-Qaïda, le détenu à proprement parler ne représente pas une menace, mais il peut avoir participé à l'élaboration ou à l'organisation d'attaques sur le point de se produire¹⁵⁰. Malgré tout, selon ces conseillers, la doctrine de la légitime défense s'appliquerait car, en participant à des activités terroristes, ce détenu aurait possiblement exposé une ou plusieurs personnes à un danger¹⁵¹. Ces deux justifications élimineraient d'éventuelles poursuites contre le personnel militaire américain.

Les juristes qualifient ce mémorandum, de même que ceux qui l'ont précédé, de « mémo pour préserver ses arrières » (*'cover-your-ass' memo*) car ils servent de justification au président Bush si des reproches lui sont adressés¹⁵². Maintenant que cette nouvelle définition de la torture ouvre la porte à des méthodes agressives et qu'elle est juridiquement appuyée par les conseillers du BCJ, une série de mémorandums est échangée entre le département de la Défense et les responsables militaires de la prison de Guantanamo. Ils visent à dresser une liste des techniques de contre-interrogatoire légales en vertu de la législation américaine. Suite à l'approbation des conseillers du BCJ, les lettres échangées entre Guantanamo, le bureau des chefs d'état-major et le département de la Défense permettent de recourir à trois catégories de techniques agressives, la

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 211.

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² David Luban, « Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb ». In K.J. Greenberg (éd.), *Op. cit.*, p. 55.

première étant la moins sévère et la troisième s'appliquant uniquement aux détenus les moins coopératifs (voir tableau 2.1 et annexe G).

Entre septembre 2001 et août 2002, les conseillers du BCJ sont parvenus à faire approuver, par la présidence et le département de la Défense, une nouvelle définition de la torture dont l'interprétation donne libre cours à l'utilisation de techniques qui auraient été, avant cette redéfinition, considérées comme des actes de torture. Il semble difficile de croire que les législations américaines et internationales puissent être réinterprétées et contournées de la sorte. Cependant, ce groupe de conseillers juridiques œuvrant pour l'Exécutif a su profiter de certains facteurs jouant en sa faveur, notamment l'environnement particulier de l'après-11 septembre 2001 et la structure organisationnelle de l'administration Bush.

Tableau 2.1
Techniques d'interrogation approuvées par le département de la Défense
(au 4 avril 2003)¹⁵³

CATÉGORIE I	CATÉGORIE II	CATÉGORIE III
Crier en s'adressant au détenu	Imposer un nouvel environnement d'interrogation	Exposer le détenu au froid ou à l'eau froide
Faire croire au détenu que l'interrogateur provient d'un État reconnu pour torturer	Utiliser des positions de « stress » (ex. : debout pour une durée prolongée)***	Menacer de mort le détenu ou sa famille
Jouer sur l'amour ou la haine du détenu pour un groupe particulier	Faire référence à de faux documents ou rapports lors d'interrogatoires	Utiliser une serviette mouillée et déverser de l'eau sur le détenu afin de créer une sensation de suffocation
Augmenter significativement le degré de peur du détenu	Isoler le détenu jusqu'à 30 jours***	Utiliser des contacts physiques ne blessant pas le détenu (pousser ou saisir le détenu)
Insulter l'égo du détenu	Priver de stimuli auditifs et visuels (sans bruit ni lumière)	
Convaincre le détenu que l'interrogateur est au courant de tout	Interroger pendant une durée prolongée (ex. : 20 heures)***	
Répéter continuellement les mêmes questions lors d'un même d'interrogatoire	Confisquer les objets de confort (dont les items religieux)	
Fixer le détenu afin de créer un sentiment d'inconfort	Confisquer les vêtements***	
	Recourir aux phobies du détenu (ex. : chiens)***	
	Utiliser les claques au visage et à l'abdomen (max. 2 claques par application et 2 applications par interrogatoire)***	
	Priver de sommeil (pas plus de 4 jours)***	
	Menacer de transférer le détenu dans un pays lui faisant craindre la mort ou la torture	
	Manipuler l'environnement (ex. : jouer avec la température ou des odeurs désagréables)	

*** Ces techniques peuvent être utilisées mais sont sujettes aux limites suivantes : elles sont utilisées aux emplacements stratégiques d'interrogation; il y a raison de croire que le prisonnier détient des renseignements primordiaux; le détenu est soumis à une évaluation médicale; les interrogateurs sont formés pour utiliser ces techniques; il existe un plan d'interrogation (incluant des limites de durée, des intervalles entre les applications, des critères de fin, et la présence ou la disponibilité d'un personnel médical); il y a une supervision et une approbation spécifique appropriées provenant d'un niveau supérieur de commandement.

¹⁵³ Cette liste n'est pas exhaustive. Pour l'ensemble des mesures, voir Human Rights Watch, *Table of Interrogation Techniques Recommended/Approved by U.S. Officials*. Disponible [en ligne] : <http://www.hrw.org/backgrounder/usa/0819interrogation.htm> (consultée le 18 mars 2008).

DEUXIÈME PARTIE

LES FACTEURS EXPLICATIFS DE L'INSTITUTIONNALISATION DE LA TORTURE PAR LES CONSEILLERS JURIDIQUES DE G.W. BUSH

CHAPITRE I

UN APPAREIL BUREAUCRATIQUE SOUMIS À L'INFLUENCE DES CONSEILLERS JURIDIQUES DE L'EXÉCUTIF

Les chapitres précédents ont permis de faire la lumière sur les individus impliqués dans la redéfinition de la torture, de même que sur les étapes menant à l'institutionnalisation, par l'administration Bush, de méthodes draconiennes d'interrogation. Dans cette partie, nous expliquerons comment et pourquoi ces conseillers juridiques sont parvenus à faire avaliser, par le président américain, une telle définition de la torture, en examinant, dans le premier chapitre, comment la structure bureaucratique a servi leurs objectifs. Dans le second, il sera question des erreurs perceptuelles ayant poussé le BCJ, la vice-présidence, la Défense et le conseiller du président à croire au bien-fondé de la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

I. DES RIVALITÉS ORGANISATIONNELLES AU SERVICE DE LA STRATÉGIE DES CONSEILLERS JURIDIQUES POUR LA TORTURE

1.1 Des positions départementales aux antipodes

L'administration Bush est profondément marquée par une forte division dans toutes les étapes menant à l'utilisation de la torture, soit en premier lieu, lors du débat sur l'inapplication des Conventions de Genève aux milices talibanes et aux membres d'Al-Qaïda puis, en second lieu, sur la redéfinition de la torture proposée par le BCJ. Ainsi, la bureaucratie américaine se divise rapidement en deux camps.

La première position, adoptée par le Département d'État, le NSC et la branche militaire du département de la Défense, souhaite octroyer les protections contre la

torture à Al-Qaïda comme aux Talibans. Dans un mémorandum adressé à Alberto Gonzales, William Taft, conseiller juridique du Département d'État, précise que :

d'un point de vue politique, la décision d'appliquer les Conventions [de Genève] offre le meilleur fondement juridique pour traiter les détenus d'Al-Qaïda et talibans de la manière dont nous avons l'intention de les traiter. Cela démontre que les États-Unis reposent leur comportement non seulement sur leurs préférences politiques, mais aussi sur leurs obligations internationales. [...] Le Président devrait savoir que la décision d'appliquer les Conventions [...] est cohérente avec la position des conseillers juridiques du Département d'État [...]¹⁵⁴.

La seconde position, vigoureusement défendue par les conseillers juridiques du BCJ, par la Maison Blanche, de même que par la vice-présidence et la branche civile de la Défense, prône le recours à des méthodes radicales d'interrogation et l'inapplication des Conventions de Genève. Dans une note qu'il fait parvenir au conseiller du président Bush, John Yoo expose la position du BCJ quant à la légalité, en vertu du droit international, de certaines méthodes d'interrogation qui pourraient être utilisées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (voir annexe F). Au nom du BCJ, Yoo écrit :

Nous croyons que les méthodes d'interrogation conformes à l'article § 2340 ne violeraient pas nos obligations internationales en vertu de la Convention sur la torture [...]. Nous concluons, de plus, que les actions entreprises dans le cadre d'interrogatoires de membres d'Al-Qaïda ne tomberaient pas sous la juridiction de la CPI [Cour Pénale internationale] [...]¹⁵⁵.

Comme l'explique David Welch, les agences organisationnelles ont des intérêts et préférences claires qu'elles tentent de promouvoir au sein de l'appareil bureaucratique, puis détiennent certaines capacités devant leur servir à influencer l'adoption de politiques. L'idée voulant qu'une agence adopte un comportement précis et des positions particulières relève, selon Welch, de l'existence d'une

¹⁵⁴ William H. Taft IV, *Comments on Your Paper on the Geneva Convention*, *Op. cit.* [traduction libre par l'auteur].

¹⁵⁵ John Yoo, *Letter regarding 'the views of our Office concerning the legality, under international law, of interrogation methods to be used on captured al Qaeda operatives'*, Mémorandum adressé à Alberto Gonzales, 1^{er} août 2002. In K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, p. 218 [traduction libre par l'auteur].

culture organisationnelle¹⁵⁶, ce qui explique la présence d'opinions divergentes entre les multiples agences. C'est ce phénomène que Graham Allison appelle, « la territorialité bureaucratique », ou la propension des divers départements à défendre leurs propres intérêts¹⁵⁷.

1.2 Une marginalisation effective des dissidents

Les deux tendances présentes au sein de l'administration Bush étant irréconciliables, lors du processus décisionnel, chacune des parties tente de faire valoir son opinion au sein de l'Exécutif. Toutefois, bien que chaque camp déploie des efforts considérables afin de l'emporter dans le jeu d'influence, le BCJ, de concert avec Cheney et Rumsfeld, développent une stratégie visant à marginaliser leurs adversaires lors de la prise de décision.

1.2.1 L'exclusion du Département d'État

Considéré comme étant la branche la plus modérée de l'administration Bush, le Département d'État devient rapidement, pour le camp en faveur de la torture, un obstacle à franchir. La différence de point de vue entre cette agence et d'autres branches comme la Défense se fait sentir plus largement dès que sont élaborées les mesures antiterroristes dans la foulée du 11 septembre. On assiste même à ces clivages au début du premier mandat de Bush, le *New York Times* parle même, à ce moment, d'une administration à deux visages : d'une part, un Pentagone idéologiquement conservateur et, de l'autre, un Département d'État plus modéré¹⁵⁸. Ces divergences laissent déjà présager des dissensions quant à l'adoption de mesures controversées telles que le recours à des méthodes radicales d'interrogation. Déjà avant septembre 2001, la presse américaine fait état de la marginalisation de Colin Powell par d'autres acteurs de l'administration Bush,

¹⁵⁶ David A. Welch, « A Positive Science of Bureaucratic Politics ? », *Mershon International Studies Review*, Vol. 42, No. 2, Novembre 1998, p. 213.

¹⁵⁷ Le modèle de Graham Allison est bien vulgarisé par Jerel A. Rosati dans son ouvrage *The Politics of United States Foreign Policy*, 3^e édition, Toronto : Thomson/Wasworth, 2004, chapitre 5.

¹⁵⁸ Jane Perlez, « Bush Team's Counsel Divided on Foreign Policy », *The New York Times*, 27 mars 2001, p.A1.

comme Rumsfeld et Cheney¹⁵⁹ : tout comme dans le cas de la guerre en Irak, ces faucons incarnent indubitablement l'aile radicale, contrairement à Powell et Rice. Francis Fukuyama affirme que bien qu'il existe une forme de tribalisme bureaucratique dans chaque administration, celle qui existe lors du premier mandat de Bush est particulièrement venimeuse. D'après Fukuyama, Cheney et Rumsfeld ne font aucunement confiance en ceux qui ont des opinions différentes des leurs, « une méfiance qui s'étend jusqu'au secrétaire d'État Colin Powell de même qu'à l'ensemble de la communauté du renseignement »¹⁶⁰. Tout comme dans le cadre du processus décisionnel menant à l'invasion de l'Irak, ou dans l'ensemble des prises de décision dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, l'axe Cheney-Rumsfeld s'érige continuellement contre le Département d'État. À cet effet, Bob Woodward explique qu'« il y a rarement eu une division aussi profonde au sein d'une équipe de sécurité nationale comme celle entre Cheney et Powell. Chacun a une définition fondamentalement différente de ce qui est possible, et de ce qui est nécessaire »¹⁶¹.

En tant que ministère des Affaires étrangères américain, le Département d'État favorise généralement les solutions diplomatiques et tente d'éviter, dans la mesure du possible, les relations conflictuelles avec d'autres États. Soucieux de sa mission, ce ministère se fait porte-parole d'un internationalisme pacifique valorisant la négociation¹⁶². Cette facette reflète la culture organisationnelle du

¹⁵⁹ Bruce W. Jentleson, *American Foreign Policy. The Dynamics of Choice in the 21st Century*, 3^e édition, New York : W. W. Norton & Company, 2007, p. 292.

¹⁶⁰ Francis Fukuyama, *America at the Crossroads : Democracy, Power, and the Neoconservative Legacy*, New Haven : Yale University Press, 2006, p. 61 [traduction libre par l'auteur].

¹⁶¹ Bob Woodward, *Plan of Attack*, New York : Simon & Schuster, 2004, p. 155.

¹⁶² Il faut toutefois préciser que malgré la culture organisationnelle généralement pacifique du Département d'État, ce ministère peut être plus dur que d'autres en fonction de la personne qui le dirige. Par exemple, au moment de la Guerre du Vietnam, le secrétaire d'État Dean Rusk et son équipe étaient plus favorables à la solution militaire que le département de la Défense de Robert McNamara. La personnalité pacifiste de Colin Powell a donc une influence importante sur les positions adoptées par son ministère.

Département d'État qui, après le 11 septembre, entre indéniablement en conflit avec celle de la vice-présidence et de la Défense.

Il n'en faut pas moins pour que Cheney et Rumsfeld isolent Powell et William Taft IV, son conseiller juridique, d'abord, des discussions portant sur la création de tribunaux militaires, ensuite, de celles sur l'application des Conventions de Genève et enfin, de celles portant sur la redéfinition de la torture et des méthodes d'interrogation. Selon les dires d'un ancien fonctionnaire de diverses agences, « le Département d'État [est] rejeté de plusieurs activités à partir de février 2002 »¹⁶³. Plus précisément, Taft IV devient la cible des conseillers juridiques du BCJ, d'Alberto Gonzales et de David Addington, qui le bannissent de la plupart des discussions portant sur les enjeux liés aux détentions, le considérant comme étant « idéologiquement mou ».

Afin d'illustrer la marginalisation de Taft et Powell, on peut utiliser, à titre d'exemple, le voyage au Camp Delta de Guantanamo en septembre 2002. Organisée afin d'étudier les installations, cette visite rassemble plusieurs conseillers juridiques de l'administration Bush, dont David Addington, Patrick Philbin (du BCJ), Jack Goldsmith, de même que certains avocats du Pentagone¹⁶⁴. Aussi futile que cela puisse paraître, les invitations adressées au Département d'État et au NSC sont en fin de liste et ne sont lancées qu'à la dernière minute, de sorte que leurs conseillers juridiques ne puissent participer au voyage avec un délai aussi court.

Il importe de souligner que Taft IV, à titre de conseiller juridique du Département d'État, est l'interprète principal du gouvernement en matière de traités internationaux. Dès lors, ses opinions auraient dû être prises en

¹⁶³ T. Golden, *Op. cit.*, p. 9 [traduction libre par l'auteur].

¹⁶⁴ J. Goldsmith, *The Terror Presidency, Op. cit.*, p. 99-100.

considération par les autres conseillers juridiques, de même que par le président Bush¹⁶⁵.

Comme le souligne Alberto Mora, le conseiller général de la Marine (voir p. 36), « plusieurs conseillers juridiques de l'administration [ont exclu] plusieurs experts [sur le droit de la guerre et sur les Conventions de Genève] des discussions. Le Département d'État n'était pas seulement assis à l'arrière de l'autobus, on ne l'a pas laissé monter à bord »¹⁶⁶.

1.2.2 *Le Conseil pour la Sécurité nationale (NSC)*

Bien que le NSC soit habituellement le socle de l'élaboration de la politique étrangère américaine, le dossier du recours à la torture est une ombre au tableau de l'organe-conseil puisque la participation de la conseillère pour la Sécurité nationale, Condoleezza Rice et son conseiller juridique John Bellinger au processus décisionnel y est minime, bien contrairement à leur volonté. Tout comme dans le cas du Département d'État, le NSC est constamment et délibérément délaissé des discussions. À cet effet, David Addington aurait réprimandé un fonctionnaire qui aurait partagé un mémorandum sur la politique de détention avec le Département d'État. Il aurait même demandé à Alberto Gonzales de maintenir John Bellinger, le conseiller juridique du NSC, hors des rencontres portant sur la sécurité nationale¹⁶⁷. La relation entre les deux hommes

¹⁶⁵ Au sujet du rôle du conseiller juridique du Département d'État, voir Richard B. Bilder, « The Office of the Legal Adviser: The State Department Lawyer and Foreign Affairs », *The American Journal of International Law*, Vol. 56, No. 3, Juillet 1962, pp. 633-684 ; Michael K. Young, « The Role of the Attorney-Adviser in the U.S. Department of State: Institutional Arrangements and Structural Imperatives », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 61, No. 2, printemps 1998, pp. 133-153.

¹⁶⁶ J. Mayer, « Annals of the Pentagon : The Memo », *Op. cit.*, p. 9 [traduction libre par l'auteur].

¹⁶⁷ Jane Mayer, « The Hidden Power : The Legal Mind Behind the White House's War on Terror », *The New Yorker*, 3 juillet 2006.

est particulièrement épineuse et illustre bien la force d'Addington dans le processus décisionnel menant à l'institutionnalisation de la torture¹⁶⁸.

Clairement éclipsé par Addington et Gonzales, Bellinger demeure longtemps dans l'inconnu, n'étant pas convié aux réunions et ne bénéficiant d'aucune mise à jour des démarches concernant le traitement des détenus talibans et membres d'Al-Qaïda. Il est souvent l'objet de moqueries de la part des deux hommes qui lui reprochent sa mollesse dans la lutte contre le terrorisme, notamment car il dîne une fois par mois avec Lloyd Norton Cutler, l'un des juristes les plus libéraux de l'administration Bush (et qui a occupé le poste de conseiller de la Maison Blanche des présidents Jimmy Carter et Bill Clinton)¹⁶⁹.

Parallèlement, la conseillère pour la Sécurité nationale Condoleezza Rice n'est informée de l'existence du « *torture memo* » qu'une fois ce dernier accepté par le président Bush. La déclassification des multiples mémorandums menant à la redéfinition de la torture en juin 2004 suite à la publicisation du scandale d'Abou Ghraïb éclaire Rice qui constate, à la lumière de ces mémos, que le BCJ, la vice-présidence et la Défense l'ont complètement tenue à l'écart du débat décisionnel.

Il demeure toutefois important de préciser que, bien qu'elle soit en désaccord avec les mesures qui sont proposées par le BCJ puis approuvées par Rumsfeld et Bush, Condoleezza Rice laisse la CIA et la Défense aller de l'avant avec le projet en leur disant : « C'est votre bébé. Allez-y »¹⁷⁰. Cette passivité et ce laissez-faire de la conseillère pour la Sécurité nationale, bien qu'une fois la décision prise par

¹⁶⁸ Dana Milbank, « In Cheney's Shadow, Counsel Pushes the Conservative Cause », *The Washington Post*, 11 octobre 2004, p.A21.

¹⁶⁹ Sans auteur, « Palace Revolt », *Newsweek*, 19 octobre 2007.

¹⁷⁰ Jan Crawford, Howard Greenburg, Howard L. Rosenberg et Ariane de Vogue, « Top Bush Advisors Approved 'Enhanced Interrogation'. Detailed Discussions Were Held About Techniques to Use on al Qaeda Suspects », ABC News, 9 avril 2008. Disponible [en ligne] : <http://www.abcnews.go.com/TheLaw/LawPolitics/Story?id=4583256&page=1> (consultée le 10 avril 2008).

l'Exécutif, encourageant l'application de la nouvelle politique d'interrogation. Tout comme le Département d'État, le NSC se conforme à l'idéologie majoritaire¹⁷¹.

1.2.3 *Les militaires de l'Armée et de la Défense*

La relation entre l'axe Cheney-Rumsfeld et les hommes en uniforme du Pentagone est particulièrement intéressante car elle révèle d'importantes dissensions au sein même du département de la Défense. Bien qu'il soit tentant, à première vue, de croire que la branche militaire du Pentagone soit en faveur de méthodes draconiennes d'interrogation, on assiste plutôt à la situation contraire et donc, à l'opposition virulente des juges-avocats généraux (JAGs) et de plusieurs hauts-gradés de l'Armée. Elle devient d'autant plus captivante considérant le fait qu'ayant lui-même été le conseiller général de la Défense de 1992 à 1993, Addington a eu, et continue d'avoir un certain ascendant sur les JAGs. En effet, lorsqu'il occupait ce poste, Addington a vainement déployé maints efforts afin de centraliser le travail des JAGs et, par conséquent, de limiter leur pouvoir. Après que les JAGs aient fait front commun avec le Congrès afin de conserver leur indépendance, Addington est revenu en force, notamment en rédigeant un mémorandum faisant en sorte que les JAGs ne puissent émettre des opinions juridiques finales¹⁷².

La rivalité qu'établit dès lors Addington avec les avocats de l'Armée se reproduit entièrement dans l'après- 11 septembre lorsque ces derniers sont littéralement marginalisés des processus décisionnels menant, d'une part, à la

¹⁷¹ En avril 2008, ABC News et *The New York Times* publient deux articles dénonçant la présence de Powell et Rice aux réunions du « *Principals Committee* », un groupe rassemblant les hauts conseillers de l'administration dont Cheney, Rumsfeld, Tenet et Ashcroft, afin de discuter de la nouvelle politique d'interrogation. Bien que ces articles avancent l'idée selon laquelle Powell et Rice auraient participé aux rencontres, rien ne prouve, pour l'instant, que les discussions y ayant eu lieu portaient sur les catégories de techniques d'interrogation plus tard approuvées par Rumsfeld : l'information est, à ce jour, trop récente. Voir : Sans auteur, « The Torture Sessions », *The New York Times*, 20 avril 2008. Disponible [en ligne] : <http://www.nytimes.com/2008/04/20/opinion/20sun1.html?pagewanted=print> (consultée le 21 avril 2008).

¹⁷² C. Ragavan, *Op. cit.*

création de tribunaux militaires puis, de l'autre, à l'adoption d'une politique radicale de détention. Préoccupés par les techniques utilisées à Guantanamo, les JAGs organisent même, au printemps 2003, des réunions secrètes avec Scott Horton, un expert du droit international de la *New York City Bar Association* et le pressent de défier l'administration Bush et sa politique de traitement des détenus¹⁷³. L'Amiral Donald Guter, le JAG en chef de la Marine jusqu'en juin 2002, affirme que l'ensemble des JAGs a tenté de faire reconsidérer l'adoption du programme d'interrogation par Rumsfeld et Bush. Toutefois, il ajoute :

Mais nous avons été marginalisés [...] Nous les avertissions que nous avions une longue tradition de justice militaire et que nous ne voulions pas la ternir. La question du traitement des détenus était en ce sens un enjeu colossal. Ils ne voulaient rien entendre¹⁷⁴.

La position que prend la plupart des militaires du Pentagone diffère largement de celle de la branche civile et du secrétaire à la Défense. La branche militaire fait connaître ses opinions en écrivant trois mémorandums au printemps 2003. Rédigés par les généraux Jack L. Rives (armée de l'Air), Kevin M. Sandkhuler (de la Marine) et Thomas J. Romig (de l'Armée), ces documents affirment, tout comme le Département d'État, que l'utilisation de techniques radicales d'interrogation contrevient aux pratiques militaires de longue date et qu'elle peut provoquer une vague de critiques si elle est un jour dévoilée aux yeux du public. Ces hommes en uniforme estiment, de plus, que la torture ne fournit que rarement des informations fiables, qu'elle affaiblit assurément l'appui international dont bénéficient les États-Unis dans leur intervention militaire en Afghanistan, et qu'elle met en danger le personnel militaire détenu par d'autres États¹⁷⁵.

¹⁷³ Craig Gordon, « Memos Spark Concerns That Bush Trying to Skirt Torture Laws », *NY Newsday*, 14 juin 2004. Disponible [en ligne] : <http://www.commondreams.org/headlines04/06/14-03.htm> (consultée le 2 avril 2008).

¹⁷⁴ J. Mayer, « The Hidden Power », *Op. cit.* [traduction libre par l'auteur].

¹⁷⁵ Jeffrey R. Smith, « Lawyer for State Dept. Disputed Detainee Memo. Military Legal Advisers Also Questioned Tactics », *The Washington Post*, 24 juin 2004, p.A07.

L'opposition à la torture se fait aussi grandement sentir chez le *Pentagone Criminal Investigation Task Force* (CITF), un groupement militaire collaborant avec le FBI afin de récolter des preuves permettant d'incriminer et de poursuivre en justice certains détenus. Des membres de cette unité rapportent des cas d'abus de prisonniers, craignant que de telles actions mènent à la poursuite criminelle des interrogateurs concernés. Après avoir subi plusieurs pressions de la part de cette unité, Rumsfeld accepte toutefois de revoir les techniques qu'il avait entérinées en décembre 2002 (voir tableau 1.1). Dans un mémo du 15 janvier 2003 adressé au Commandement Sud, Rumsfeld exige de la part des interrogateurs souhaitant recourir aux méthodes de catégories II et III, d'obtenir son approbation préalable. Il précise de plus que les détenus doivent être traités humainement, indépendamment des techniques d'interrogation utilisées (voir annexe H)¹⁷⁶.

Les commandants militaires subissent, par ailleurs, les pressions constantes du secrétaire à la Défense. En effet, d'après HRW, une enquête menée par le Lieutenant général Randall Schmidt montre que Rumsfeld est « impliqué personnellement » dans l'interrogation de membres clés d'Al-Qaïda¹⁷⁷.

1.2.4 *Un refus délibéré de collaborer avec le Congrès*

Dès le début de la formulation des politiques antiterroristes de l'après- 11 septembre 2001, John Yoo, David Addington et Dick Cheney mettent sur pied une stratégie afin de garder le Congrès hors des discussions pour éviter qu'il s'objecte. Pour le BCJ et la vice-présidence, le Congrès est l'acteur principal susceptible de nuire à la centralisation du pouvoir et à la montée en force de l'Exécutif. Dans l'ensemble de la démarche visant à rendre les Conventions de Genève inapplicables, les mémorandums émis par le BCJ abordent l'épineuse question des pouvoirs présidentiels, en précisant notamment que le Congrès ne

¹⁷⁶ Donald Rumsfeld, *Counter-Resistance Techniques*, Mémorandum pour le Commandant USSOUTHCOM, 15 janvier 2003. In K.J. Greenberg et J.L. Dratel, *Op. cit.*, p. 239.

¹⁷⁷ Human Rights Watch, « U.S.: Rumsfeld Potentially Liable for Torture. Defense Secretary Allegedly Involved in Abusive Interrogation », 14 avril 2004. Disponible [en ligne] : <http://www.hrw.org/english/docs/2006/04/14/usdom13190.htm> (consultée le 2 avril 2008).

peut aucunement contrebalancer les pouvoirs du président dans sa réponse à une menace imminente¹⁷⁸. Pour Yoo, le seul contrepoids que le Congrès possède par rapport au commandant en chef des forces armées est de retenir les fonds budgétaires et de ne pas les attribuer à la lutte contre le terrorisme¹⁷⁹.

L'un des ouvrages de Yoo, *The Powers of War and Peace*, est particulièrement révélateur du rôle de figurant que l'auteur accorde au Congrès américain. Selon les dires de Yoo, le pouvoir de la Chambre et du Sénat dans le domaine de la politique étrangère se résume uniquement aux domaines législatif et budgétaire. D'après David Cole, dans la vision de Yoo, cela signifie qu'« en d'autres termes, lorsqu'il est question d'affaires étrangères, le président exerce son pouvoir unilatéralement, sans contrepoids juridique – constitutionnel ou international »¹⁸⁰.

L'exclusion du Congrès du processus décisionnel par les conseillers juridiques permet, par ailleurs, d'éviter les effets indésirables d'un débat public. Lors de la prise de décision, la plupart des mémorandums échangés entre le BCJ, la présidence, la vice-présidence et la Défense ne sont jamais soumis au Congrès. Dans le cas d'un mémo du 14 mars 2003, malgré l'insistance des congressistes, le Pentagone refuse catégoriquement de transmettre le document à la branche législative. D'après Carl Levin, sénateur démocrate du Michigan, un second document aurait été gardé hors de la portée du Congrès : il s'agit d'un mémo signé par Jay S. Bybee la même journée que le « *torture memo* »¹⁸¹.

¹⁷⁸ J. Goldsmith, *The Terror Presidency*, *Op. cit.*, p. 98.

¹⁷⁹ David Luban, « The Defense of Torture », *The New York Review of Books*, 15 mars 2007, pp. 37-39.

¹⁸⁰ David Cole, « What Bush Wants to Hear », *The New York Review of Books*, Vol. 52, No. 18, 17 novembre 2005. Disponible [en ligne] : <http://www.nybooks.com/articles/18431> (consultée le 2 avril 2008) [traduction libre par l'auteur].

¹⁸¹ Il s'agit de Jay S. Bybee, *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. § 2340-2340A*, Memorandum pour Alberto Gonzales, 1^{er} août 2002.

John Yoo fait même porter au Congrès la responsabilité de la redéfinition de la torture. D'après ce conseiller et principal architecte de cette nouvelle définition, lorsque le Sénat a approuvé la *Convention des Nations Unies contre la torture* en 1994, la torture y était définie comme étant « un acte dont l'intention spécifique est d'infliger des souffrances ou douleurs physiques ou psychologiques sévères ». Selon Yoo, le Sénat a défini ces « souffrances ou douleurs » comme étant une « douleur prolongée ». Ainsi, les décisions prises par le Congrès à cette époque auraient jeté les bases qui n'ont qu'été reprises par le BCJ dans sa redéfinition de la torture¹⁸².

Si les conseillers juridiques de Bush déploient indéniablement une stratégie afin d'exclure du processus décisionnel les acteurs qui ne partagent pas leurs opinions, il n'en reste pas moins que le président américain, en tant qu'ultime décideur, détient sa part de responsabilités dans ce processus aux multiples failles et aux démarches peu orthodoxes. Son style et son mode de gestion dans le dossier de la torture en font, effectivement, un président à la remorque des recommandations de ses conseillers.

2. UN EXÉCUTIF DÉPENDANT DE SES CONSEILLERS JURIDIQUES

Pour la présidence, le choix des conseillers est primordial car elle peut considérablement influencer l'orientation de la politique étrangère américaine. Lorsqu'il accède au pouvoir, le président doit nommer trois types de conseillers : le personnel présidentiel, les principaux conseillers politiques et les hauts-fonctionnaires responsables de cabinets départementaux et d'agences exécutives¹⁸³. Le personnel nommé par le président est généralement très scolarisé et provient de quatre domaines, soit ceux du droit, des affaires, de la politique ou du milieu académique et des centres de recherche¹⁸⁴. Dans l'un ou

¹⁸² J. Yoo, « Commentary : Behind the 'Torture Memos' », *Op. cit.*

¹⁸³ J.A. Rosati, *Op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 109.

l'autre des cas, la performance de chacun de ces conseillers peut affecter la manière dont le président gère les crises et adopte des politiques.

2.1 La théorie de l'influence des conseillers

Dans un article paru en 1981, Bert A. Rockman explique le rôle grandissant des organes de coordination et de leur personnel « irrégulier », c'est-à-dire des consultants qui ne sont pas recrutés sur concours¹⁸⁵ et qui sont de passage au sein de l'appareil bureaucratique américain. Afin d'expliquer ce phénomène, Rockman aborde le rôle croissant du Conseil de sécurité nationale (NSC) aux dépens du département d'État¹⁸⁶. Bien qu'il applique cette théorie au NSC, ses postulats peuvent néanmoins être utiles dans l'étude d'un autre organe près de l'Exécutif, comme le Bureau du conseil juridique. D'après Rockman, les différences entre le personnel « régulier » des départements traditionnels et le personnel « irrégulier » des organismes consultatifs entraînent des processus décisionnels distincts. Les réguliers et irréguliers, ayant des expériences différentes, analysent puis élaborent différemment les politiques en matière d'affaires étrangères.

Pour l'auteur, les présidents ont tendance à se tourner vers le personnel irrégulier de la Maison Blanche plutôt que vers le personnel régulier des départements et ce, pour trois raisons. Premièrement, le président perçoit le personnel d'une agence comme étant susceptible de mettre de l'avant des idées répondant aux intérêts de leur agence plutôt qu'à ceux de la présidence. Deuxièmement, comme la politique étrangère est souvent prioritaire pour le président¹⁸⁷, davantage encore en période de crise, il souhaite recourir aux proches conseillers et à des experts neutres permettant de justifier la tendance de la Maison

¹⁸⁵ C.-P. David, *Op. cit.*, p. 143.

¹⁸⁶ Bert A. Rockman, « America's Departments of State: Irregular and Regular Syndromes of Policy Making », *The American Political Science Review*, Vol. 75, No. 4, décembre 1981, p. 911.

¹⁸⁷ Rockman affirme que trois raisons expliquent cet état. D'abord, la politique étrangère est centrale pour la propension des présidents à vouloir marquer l'histoire, ensuite, elle est moins sujette à l'approbation du Congrès et enfin, elle fait appel aux pouvoirs de chef d'État, comme celui de commander les forces armées par exemple. Voir B. Rockman, *Op. cit.*, p. 919.

Blanche à la centralisation, plutôt qu'à des ministères plus lointains¹⁸⁸. Troisièmement, le type de responsabilités et de personnel influence la nature des politiques proposées. D'une part, les réguliers – à tendance sceptique et inductive – optent pour des politiques prudentes. De l'autre, les irréguliers – caractérisés par l'initiative et la déduction – soumettent des alternatives audacieuses, abondant souvent dans la même direction que celles de la présidence. Le personnel irrégulier du NSC sous les administrations Kennedy et Reagan est composé d'« [...] hommes relativement jeunes, mobiles et déterminés possédant un bagage substantiel de connaissances en politique étrangère et prêtant allégeance à la Maison Blanche »¹⁸⁹.

En situation d'urgence, le président se fie considérablement aux recommandations de ses proches conseillers : ceux qui avaient déjà un certain ascendant sur le chef de l'Exécutif en temps normal bénéficient d'un pouvoir accru en période de crise¹⁹⁰.

Avec la lutte contre le terrorisme en trame de fond, dans le dossier de la torture, on assiste à un renversement dans la hiérarchie de l'influence. En effet si, en théorie, le Département d'État et le NSC sont les organes les plus susceptibles d'exercer une influence effective sur le président¹⁹¹, dans le cas présent, ceux-ci sont éclipsés au profit du conseiller pour la Maison Blanche, de celui pour la vice-présidence et de ceux du BCJ.

Lors du débat sur l'application des Conventions de Genève aux membres d'Al-Qaïda et aux Talibans, le président Bush se tourne, dans un premier temps,

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 919.

¹⁹⁰ Kent Bolton, *U.S. National Security and Foreign Policy After 9/11 : Present at the Re-Creation*, New York : Rowman & Littlefield Publishers, 2008, p. 157.

¹⁹¹ William H. Baugh, *United States Foreign Policy Making : Process, Problems, and Prospects*, Orlando : Harcourt Brace, 2000, p. 129.

vers Alberto Gonzales et David Addington pour deux raisons : premièrement, la proximité de ces conseillers juridiques facilite et accélère les échanges puis, deuxièmement, l'interaction quotidienne entre la présidence et ces conseillers renforce la confiance que Bush leur accorde. En effet, « dans toute administration, la confiance présidentielle se gagne en montrant loyauté et compétence ce qui, normalement, n'est possible que grâce à une interaction quotidienne avec le président »¹⁹².

Dans un second temps, il se réfère aux recommandations des « irréguliers » du BCJ, comme John Yoo, pour interpréter le droit fédéral et international. Cette préférence de Bush s'explique par le fait que, selon lui, ces « irréguliers » sont susceptibles de lui fournir les informations qu'il désire pour mener à bien la « guerre contre le terrorisme », contrairement aux autres agences comme le Département d'État qui défendent généralement leurs intérêts au détriment de ceux de la présidence. En effet, dans l'après- 11 septembre, les pressions de Bush sur le ministère de la Justice se font rapidement sentir : la mission est désormais de prévenir de futures attaques et ce, peu importe les moyens pour y parvenir¹⁹³.

Le comportement du BCJ est déterminé par sa relation avec la Maison Blanche¹⁹⁴. Bien qu'ils doivent faire preuve d'objectivité, ses conseillers juridiques commettent parfois l'une des erreurs typiques d'un organe-conseil, soit celle de vouloir faire accepter leur idée au point de formuler leurs recommandations en fonction de ce que souhaite entendre le décideur¹⁹⁵. On peut dès lors supposer que les conseillers juridiques du BCJ ont délibérément redéfini

¹⁹² Duncan L. Clarke, « Why State Can't Lead », *Foreign Policy*, No. 66, printemps 1987, p. 130 [traduction libre par l'auteur].

¹⁹³ J. Goldsmith, *Op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁴ Nelson Lund, « Rational Choice at the Office of Legal Counsel », *Cardozo Law Review*, Vol. 15, 1993-1994, p. 495.

¹⁹⁵ C.-P. David, *Op. cit.*, p. 48.

la torture en fonction des besoins et des objectifs de la mission que se sont donnée Bush, Cheney et Rumsfeld.

2.2 Un style présidentiel favorable aux conseillers juridiques

Le comportement du chef d'État américain lors de la prise de décision influence indiscutablement sur les politiques adoptées par l'administration en place. Pour cette raison, de nombreux auteurs se sont penchés sur le style des présidents américains, de même que sur leur façon d'interagir avec leurs conseillers et le reste de l'appareil bureaucratique¹⁹⁶.

Parmi les modèles proposés, celui de James David Barber repose sur trois caractéristiques personnelles – le caractère, la vision du monde et le comportement politique – et deux conditions contextuelles – le pouvoir et les attentes –¹⁹⁷. En se basant sur ces éléments, Barber présente quatre catégories de styles présidentiels : celles-ci dépendent premièrement de l'engagement et du dévouement du président dans sa tâche de chef d'État (il est actif ou passif) puis, deuxièmement, de ses émotions, c'est-à-dire de la manière dont il perçoit ses expériences et ses performances (il est positif ou négatif)¹⁹⁸. Ces deux dimensions d'analyse, que Barber appelle « *energy and affect* », ont un impact sur l'adoption des politiques par le président.

Le penchant pour le secret de l'administration Bush ne facilite pas l'étude du style présidentiel de ce dernier dans le cas de la torture : peu de documents sur son implication dans ce dossier sont disponibles. Toutefois, certains éléments nous

¹⁹⁶ Outre le modèle de James David Barber dont il est question ici, on retrouve de plus, ceux de Richard Neustadt, Fred Greenstein, Robert Dallek et Thomas Preston. Voir C.-P. David, *Op. cit.*, pp. 147-158.

¹⁹⁷ James David Barber, *The Presidential Character : Predicting Performance in the White House*, 3^e édition, Englewood Cliffs, N.J. : Prentice Hall, 1992, pp. 91-134.

¹⁹⁸ C.-P. David, *Op. cit.*, p. 150.

permettent de constater qu'il s'apparente à celui d'un président passif-positif¹⁹⁹. Selon Barber, ce type de président fait preuve d'un optimisme superficiel et a tendance à laisser les autres définir les objectifs et les moyens pour les atteindre : il se fie beaucoup à ses conseillers et souhaite travailler dans une atmosphère où règnent la coopération et le consensus. Il résulte de ces attitudes un président peu impliqué dans le processus décisionnel et considérablement dépendant des recommandations de ses conseillers²⁰⁰.

Dans le cas de Bush, la particularité faisant consensus dans la littérature est qu'il a eu deux présidences distinctes : celle de l'avant et celle de l'après- 11 septembre 2001. La seconde, dont il est question dans ce mémoire, est une « présidence de guerre » : les guerres en Afghanistan et en Irak qui s'inscrivent dans une « guerre » à plus grande échelle, soit celle contre le terrorisme. À partir de ce moment, on constate une transformation personnelle importante chez Bush²⁰¹ : ces événements ne le changent pas fondamentalement, mais font plutôt émerger des qualités et capacités de dirigeants qu'il n'avait pas encore révélées.

Les situations de crise où la sécurité nationale est jugée comme étant en péril augmentent les possibilités, pour le président, d'influencer la politique étrangère. Elles en font de plus le centre d'attention de la population américaine. Stephen Skowronek qualifie ce phénomène de « *moment in political time* », soit le

¹⁹⁹ Il importe de souligner que le style présidentiel peut varier en fonction de l'enjeu étudié lors du processus décisionnel. En ce sens, bien que David Mitchell classe George W. Bush dans la catégorie « actif-positif », il précise que le style présidentiel varie en fonction des enjeux de politique étrangère et que, par conséquent, un président peut être actif dans un dossier correspondant à son agenda politique, et qu'il peut demeurer inactif lorsque ses connaissances sont limitées concernant un enjeu différent. Voir David Mitchell, *Making Foreign Policy : Presidential Management of the Decision-Making Process*, Aldershot : Ashgate, 2005, p. 175, 197.

²⁰⁰ Joseph August Pika et John Anthony Maltese, *The Politics of the Presidency*, 6^e édition, Washington, D.C. : CQ Press, 2004, p. 144.

²⁰¹ Peri E. Arnold, « One President, Two Presidencies : George W. Bush in Peace and War ». In Steven E. Schier (éd.), *High Risk and Big Ambition : the Presidency of George W. Bush*, Pittsburgh : University of Pittsburgh Press, 2004, p. 151.

contexte politique propre à une présidence²⁰². Dans le cas de Bush, ce contexte a une conséquence notoire car sa « présidence de guerre » lui confère, à la fois, un éventail élargi de pouvoirs unilatéraux et une certaine légitimité²⁰³.

2.2.1 Un président peu actif lors du processus décisionnel

Le contexte de guerre dans lequel est redéfinie la torture influence certainement le style de Bush. Dans l'après- 11 septembre, il reforme son cercle décisionnel et se fie grandement à ses proches conseillers pour structurer les options possibles²⁰⁴. Comme le souligne Goldsmith, lors de la prise de décision, Bush est une force invisible²⁰⁵. Ayant pleinement confiance en ses conseillers, il se fie aux opinions du BCJ : il ne fait qu'attendre patiemment qu'on lui présente un éventail d'options parmi lesquelles il devra choisir. De plus en plus confiant et ayant une mission à accomplir, Bush souhaite avoir le dernier mot. Il n'en reste pas moins, toutefois, que son engagement se limite à prendre les décisions finales. Tout comme dans le cas du processus décisionnel menant à l'invasion de l'Irak²⁰⁶, Bush est effacé, parfois même absent, et laisse au vice-président Cheney et à son conseiller Addington le soin d'être à la barre des discussions portant sur la politique de détention et d'interrogation. Désireux d'éviter la confrontation politique et de parvenir rapidement au consensus, Bush résiste aux demandes constantes d'informations venant du Congrès. De cette façon, son administration garde l'attention sur l'agenda politique présidentiel. Comme l'explique Greenstein, la politique bureaucratique a lieu sous la surface²⁰⁷, laissant Bush

²⁰² Stephen Skowronek, *The Politics Presidents Make : Leadership from John Adams to George Bush*, Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 41.

²⁰³ *Ibid.*, p. 145, 153.

²⁰⁴ Fred I. Greenstein, *The Presidential Difference : Leadership Style from FDR to George W. Bush*, 2^e édition, Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2004, p. 209.

²⁰⁵ J. Goldsmith, *Op. cit.*, p. 213.

²⁰⁶ Voir à ce sujet Charles-Philippe David, Karine Prémont et Julien Tourreille, *L'erreur : L'échec américain en Irak cinq ans plus tard*, Sillery (Québec) : Septentrion, 2008.

²⁰⁷ F.I. Greenstein, *Op. cit.*, p. 207.

dans l'illusion de l'existence d'un consensus et, par le fait-même, de l'absence de dissensions.

Par ailleurs, Bush apprécie la simplicité (ce qui explique, en partie, ses visions souvent stéréotypées et manichéennes) et arrête rapidement ses décisions. Ceci pose problème, notamment dans le cas de l'inapplication des Conventions de Genève où Colin Powell, s'opposant à l'interprétation du BCJ, de Gonzales et de Haynes, n'a pu se faire entendre. Seul son mémorandum du 26 janvier 2002 parvient à Bush et fait objet de vives critiques de la part de Gonzales, beaucoup plus proche du président. Cette propension de Bush à trancher promptement fait en sorte que certaines de ses décisions sont prises sans qu'il ne se soit penché sur leurs inconvénients, ou sur les alternatives envisageables.

En somme, Bush s'assure que ses conseillers lui procurent un maximum de pouvoirs présidentiels afin de prendre les décisions finales. Il attend les recommandations d'un groupe restreint de conseillers qu'il a préalablement choisi et dont il connaît les préférences politiques et idéologiques, nécessairement similaires aux siennes.

2.2.2 Un optimisme ancré dans une vision arrêtée du monde

Les actions prises par Bush sont le fruit d'une façon bien arrêtée de voir le monde. Sa vision hégémonique, inspirée par l'école réaliste, repose sur l'idée voulant que la primauté américaine à l'échelle mondiale demeure le seul moyen de défendre les intérêts nationaux américains²⁰⁸. S'imposant comme l'unique puissance économique et militaire en mesure de lutter contre le réseau terroriste

²⁰⁸ Cinq prémisses sont à l'origine de cette perception du système international : le monde est dangereux et menace perpétuellement la survie de l'État américain; les États-nations défendant leurs intérêts sont les acteurs centraux de ce système; la puissance militaire constitue la seule puissance valable; les institutions internationales ne sont ni essentielles ni nécessaires pour répondre aux intérêts nationaux; les États-Unis sont la seule et unique grande puissance, et sont perçus comme tels par les autres acteurs du système. Voir Ivo H. Daalder et James A. Lindsay, « Bush's Foreign Policy Revolution ». In Fred I. Greenstein (éd.), *The George W. Bush Presidency: An Early Assessment*, Baltimore, Md., London: Johns Hopkins University Press, 2003, p. 106-108.

international d'Al-Qaïda, pour Bush, les États-Unis sont investis de la mission de protéger leur territoire et leurs alliés. Pour ce faire, tous les moyens nécessaires doivent être pris par l'administration américaine, en passant par des techniques d'interrogation désormais plus difficilement soutenables. Tout au long du processus menant à la redéfinition de la torture, Bush demeure confiant quant à l'aide que peut procurer la détention des « ennemis combattants » au renseignement américain.

Parallèlement, l'une des qualités principales du président Bush est de savoir susciter la loyauté chez ses conseillers. Tel est le cas notamment pour Rumsfeld et Cheney, de même que pour les conseillers du BCJ et Gonzales, qui lui fournissent des informations et opinions fidèles à sa vision de la lutte contre le terrorisme : en ce sens, comme le souligne MacGregor Burns, « la tâche du personnel de la Maison Blanche [est] de faire primer la loyauté et la discipline, [et] de s'assurer que la volonté du président parvienne aux départements et aux agences »²⁰⁹.

L'utilisation de l'approche bureaucratique afin d'étudier le processus décisionnel menant à la redéfinition de la torture nous permet de constater la présence incontestable de dissensions interdépartementales souvent explicables par l'existence d'un esprit de clocher propre à chaque agence : un Département d'État modéré et internationaliste, une vice-présidence et une branche civile de la Défense engagées à lutter corps et âme contre le terrorisme et, au Pentagone, des hommes en uniformes soucieux de défendre la justice et la tradition militaires prônant le respect indiscutable des détenus lors d'un conflit. La marginalisation des opposants à la nouvelle politique de détention de l'administration Bush s'inscrit définitivement dans une stratégie déployée par un groupe restreint de conseillers croyant indûment au bien-fondé de techniques radicales d'interrogation. En plus d'un habile stratagème, ces conseillers juridiques bénéficient de la gouverne d'un président faisant considérablement appel aux

²⁰⁹ James MacGregor Burns, *Running Alone : Presidential Leadership – JFK to Bush II : Why It Has Failed and How We Can Fix It*, New York : Basic Books, 2006, p. 168 [traduction libre par l'auteur].

recommandations des conseillers les plus accessibles et loyaux à son agenda présidentiel. Ces conseillers juridiques de l'Exécutif ont des idées bien arrêtées mais, toutefois, des perceptions parfois erronées.

CHAPITRE II

LES ERREURS PERCEPTUELLES DE L'ÉLITE-CONSEIL À L'ORIGINE DE LA REDÉFINITION DE LA TORTURE

Dans ce chapitre, nous expliquerons comment la perception des conseillers juridiques impliqués dans la redéfinition de la torture les a entraînés, d'une part, à biaiser la prise de décision au sein de la Maison Blanche et, d'autre part, à recourir à des stratégies psychologiques afin de faire prévaloir leur position auprès du président Bush.

1. DES ERREURS DE PERCEPTION AFFECTANT LE PROCESSUS DÉCISIONNEL

Dans son étude du processus décisionnel en politique étrangère américaine, Alexander George se penche sur les attitudes cognitives des décideurs et sur les stratégies psychologiques qu'ils peuvent adopter. D'après George, neuf stratégies peuvent apparaître lors de la prise de décision : 1) la procrastination; 2) l'enflure psychologique (*bolstering*) qui consiste à bonifier les avantages d'une option que le décideur choisit rapidement sous la pression; 3) la pensée magique (*wishful thinking*); 4) le choix d'une option uniquement satisfaisante mais non-optimale; 5) la stratégie des petits pas; 6) la pensée groupale (*groupthink*); 7) l'analogie historique; 8) l'utilisation de principes idéologiques; 9) le recours à la rigueur morale²¹⁰. Bien que George parle de ces stratégies comme étant des « aides pour la prise de décision » (*cognitive aids*), il n'en reste pas moins que recourir à celles-ci peut grandement nuire aux décideurs qui auront tendance, d'une part, à évaluer la situation de façon biaisée puis, de l'autre, à laisser une certaine partie de l'information de côté, particulièrement en contexte d'incertitude²¹¹.

Parallèlement, Ole Holsti précise qu'un système de valeurs est composé d'un certain nombre d'images et de connaissances qu'une organisation détient, à la fois

²¹⁰ Alexander L. George, *Presidential Decisionmaking in Foreign Policy : The Effective Use of Information and Advice*, Boulder : Westview Press, 1980, pp. 35-45.

²¹¹ *Ibid.*, p. 47.

d'elle-même et du monde²¹². Pour comprendre l'importance accordée par l'administration Bush à l'utilisation de la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, nous nous pencherons sur la perception américaine du monde, puis sur les principes idéologiques qui animent l'administration Bush après le 11 septembre 2001 (la relation entre ces facteurs et le processus décisionnel est illustré à la figure 1). En appliquant les concepts de George au cas de la redéfinition de la torture, nous verrons que les conseillers juridiques du président américain ont adopté quelques-unes des stratégies psychologiques, ce qui peut dès lors expliquer l'adoption de cette mesure antiterroriste, aussi controversée soit-elle.

1.1 L'influence de la perception du monde par l'administration Bush

1.1.1 Une lecture particulière de l'environnement politique et du terrorisme

Les événements du 11 septembre 2001 ont définitivement influencé la perception des conseillers juridiques du président Bush du contexte international, en entraînant l'ensemble des décideurs de Washington dans une période de crise. La définition de crise proposée par Hermann repose sur trois éléments : la peur, le temps et la surprise. On se trouve donc dans un tel contexte lorsqu'un événement cause un sentiment élevé d'anxiété, qu'il limite le temps dont les décideurs disposent pour y répondre et qu'il n'était aucunement anticipé. Lorsque ces conditions sont rassemblées, les décideurs sont soumis à une quantité importante d'informations pouvant, pour la plupart, provenir de canaux informels de communication. La pression subie par les décideurs hauts-placés augmente le niveau de stress et peut engendrer plusieurs comportements : de nombreuses erreurs, de l'agressivité, une attention amoindrie et une sélectivité des perceptions, entre autres. Guidés par des perceptions erronées, les décideurs sont portés à

²¹² O. R. Holsti, *Op. cit.*, p. 245.

simplifier la situation, à stéréotyper l'ennemi et à délaissier les alternatives possibles²¹³.

Afin de comprendre pourquoi la torture est perçue, par les conseillers juridiques, comme un moyen indispensable dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, il importe d'étudier leur perception de ce phénomène. Pour ces conseillers, trois éléments caractérisent le terrorisme : premièrement, il s'agit d'attaques contre des symboles; deuxièmement, il vise à faire le plus de victimes innocentes possible pour intimider et transmettre un message politique; et troisièmement, il est absolument inexcusable²¹⁴. Même les propos du secrétaire d'État Colin Powell témoignent de ces caractéristiques : « Il n'y a aucune manière de justifier [le terrorisme]. [...] [l]e type de mal et de terreur qui ont été perpétrés contre nous il y a trois ans, le 11 septembre, doit être combattu. [...] Il ne doit y avoir aucun compromis dans le cadre de cette lutte »²¹⁵. Cette perception du terrorisme engendre ce que Stephen Holmes appelle le « *mirror-imaging* ». En effet, d'après l'auteur, les conseillers juridiques de l'administration Bush jugent l'adoption d'une mesure extraordinaire (comme la torture) pertinente car elle répond à des événements étant eux-mêmes extraordinaires (les attaques du 11 septembre 2001). Il s'agit d'une forme de réciprocité ou d'équivalence, une réponse jugée proportionnelle aux sévices subis par la population américaine. En ce sens, la torture semble être un outil satisfaisant puisqu'elle incarne le reflet du terrorisme et qu'elle sert, elle aussi, à terroriser à des fins politiques²¹⁶.

²¹³ John Vogler, « Perspectives on the Foreign Policy System : Psychological Approaches ». In Michael Clarke et Brian White, *Understanding Foreign Policy : The Foreign Policy Systems Approach*, Brookfield (Vermont) : Edward Elgan, 1989, pp. 151-152.

²¹⁴ Stephen Holmes, « Is Defiance of Law a Proof of Success ? Magical Thinking in the War on Terror ». In K. J. Greenberg, *Op. cit.*, p. 128.

²¹⁵ Colin Powell, « Interview With Barry Schweid and George Gedda of Associated Press », Washington D.C., 10 septembre 2004. Disponible [en ligne] : U.S. Department of State. <http://www.state.gov/secretary/former/powell/remarks/36076.htm> (consultée le 31 mars 2008).

²¹⁶ S. Holmes, *Op. cit.*, p. 130, 132.

Submergés par la confusion de l'après-11 septembre, les conseillers juridiques du BCJ sont rapidement mandatés, par le président, d'élaborer des politiques antiterroristes. Étant, pour la plupart, spécialisés en droit, leurs connaissances des méthodes utilisées par les organisations terroristes sont limitées. Confrontés à une nouvelle forme de conflit, le « nouveau paradigme », les conseillers concluent rapidement que le renseignement est la clé du succès dans cette nouvelle forme de guerre et que des techniques d'interrogation sévères faciliteraient nécessairement la cueillette d'information. Or, ces derniers ne se penchent pas sur l'opinion contraire voulant que, dans bien des cas, la torture soit inefficace et qu'elle nuise aux services de renseignement. En prenant pour acquis qu'en prémunissant les militaires de méthodes draconiennes, la CIA saurait prévenir de futurs attentats, ils estiment rapidement que la torture est l'option inégalée pour venir en aide au renseignement. Cette vision erronée de l'efficacité sans bornes de la torture fait en sorte qu'ils n'envisagent pas la possibilité que des insurgés faits prisonniers, en Afghanistan ou en Irak, ne soient aucunement informés des projets élaborés par les têtes dirigeantes d'Al-Qaïda. Pour Jack Cloonan, agent spécial du FBI entre 1972 et 2002, cette erreur relève d'une méconnaissance accablante d'Al-Qaïda par les décideurs américains : penser que les détenus envoyés à Guantanamo, n'étant majoritairement que des exécutants, détiennent des informations cruciales montre que la structure de cette organisation transnationale est grandement méconnue par les conseillers de Bush²¹⁷. Ainsi, ces derniers ne respectent pas l'un des principes fondamentaux de la guerre : connaître son ennemi²¹⁸.

Les conseillers juridiques commettent ainsi deux erreurs perceptuelles importantes. En premier lieu, ils assoient leur décision sur leur perception du terrorisme et de la menace d'Al-Qaïda, en omettant d'évaluer la possibilité que la torture nuise au travail du renseignement américain. Ces perceptions erronées les

²¹⁷ Jack Cloonan, « The Torture Question », entrevue accordée à Frontline, PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/torture/view/> (consultée le 24 mars 2008).

²¹⁸ Sun-tzu, *The Art of War*, traduction et édition par John Minford, New York : Penguin Books, 2002, p. 114.

‘poussent, en second lieu, à privilégier la torture car elle constitue, selon eux, l’unique réponse efficace et proportionnelle au terrorisme.

2. DES STRATÉGIES PSYCHOLOGIQUES AU SERVICE DE LA REDÉFINITION DE LA TORTURE

2.1 La redéfinition de la torture au nom de principes idéologiques rigides

L’une des attitudes cognitives proposées par Alexander George est le recours, par les décideurs, à des idéologies et des principes généraux afin de guider leurs actions. Ainsi, les décideurs et leurs conseillers s’inspirent de systèmes de valeurs qui leur sont propres²¹⁹. Ils agissent en fonction de l’image qu’ils se créent de la réalité plutôt qu’en fonction d’une vision objective de la situation²²⁰. Dans un article de l’*International Studies Quarterly* de 1969, George redéfinit le concept de « code opérationnel » étudié par Nathan Leites : d’après la définition de George, il s’agit d’un ensemble de croyances philosophiques et instrumentales, d’un système de valeurs qui sert de prisme influençant la perception d’une situation ou d’un événement par le décideur²²¹.

L’étude des conseillers juridiques et des mémorandums menant à la redéfinition de la torture révèle que ces derniers travaillent fidèlement aux idées auxquelles ils croient fermement. Ces dernières les entraînent à ignorer les enjeux éthiques et moraux au profit de leurs convictions académiques et politiques²²². En observant le contexte international à travers le prisme réaliste, ils estiment que la torture représente l’outil idéal afin de mettre de l’avant trois stratégies prônées par

²¹⁹ A.L. George, *Op. cit.*, p. 44.

²²⁰ Ole R. Holsti, « The Belief System and National Images : a Case Study », *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 6, No. 3, Septembre 1962, p. 244.

²²¹ Alexander L. George, « The ‘Operational Code’ : A Neglected Approach to the Study of Political Leaders and Decision-Making », *International Studies Quarterly*, Vol. 13, No. 2, Juin 1969, pp. 191, 199.

²²² David W. Bowker, « Unwise Counsel : The War on Terrorism and the Criminal Mistreatment of Detainees in U.S. Custody ». In K. J. Greenberg, *Op. cit.*, p. 199.

l'administration Bush dans le contexte de la lutte contre le terrorisme international.

2.1.1 La transposition de la « doctrine Bush »

Terme utilisé pour définir la politique étrangère américaine après le 11 septembre 2001, la « doctrine Bush »²²³ est consolidée noir sur blanc dans la nouvelle *Stratégie de sécurité nationale* un an plus tard. Initialement utilisée afin de justifier la guerre en Afghanistan – en précisant que les États-Unis ont le droit de considérer les États abritant les terroristes comme des États terroristes eux-mêmes – la « doctrine Bush » inclut, par la suite, d'autres éléments comme le concept de « préemption ». Celui-ci implique de prendre les devants et de déployer tous les efforts nécessaires pour dissuader et prévenir l'imminence d'attaques terroristes. À ce titre, la cinquième partie de la *Stratégie de sécurité nationale des États-Unis* illustre bien comment la préemption devient indispensable avec l'émergence de la menace terroriste :

Il nous a fallu presque une décennie pour comprendre la vraie nature de cette nouvelle menace. Considérant les objectifs des « États voyous » et des terroristes, les États-Unis ne peuvent plus demeurer uniquement réactifs comme nous l'avons été dans le passé. [...] Nous ne pouvons pas laisser nos ennemis frapper en premier²²⁴.

On peut lire dans le document que le droit international reconnaît le droit des États-nations de se défendre contre des forces représentant un danger imminent et ce, avant qu'une attaque soit commise. Comme les juristes légitiment le recours à la préemption uniquement contre une armée dans sa forme traditionnelle, les États-Unis doivent adapter ce concept afin qu'il s'applique au nouvel adversaire terroriste. Pour l'administration américaine, « plus la menace est grande, [...] plus

²²³ Cette doctrine s'inspire notamment des principes du *think tank* néoconservateur *Project for the New American Century*. Parmi les signataires de sa Déclaration de principes, on retrouve entre autres Donald Rumsfeld, Dick Cheney et Paul Wolfowitz. Voir *Project for the New American Century, Statement of Principles*, 3 juin 1997. Disponible [en ligne] : <http://newamericancentury.org/statementofprinciples.htm> (consultée le 28 mars 2008).

²²⁴ The White House, *The National Security Strategy of the United States of America*, 17 septembre 2002, p. 15. Disponible [en ligne] : <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html> (consultée le 28 mars 2008) [traduction libre par l'auteur].

l'importance d'anticiper pour nous défendre est grande, même si une incertitude demeure quant au lieu et au moment de l'attaque ennemie à survenir »²²⁵. Comme le souligne Jonathan Renshon, cette doctrine repose sur l'offensive et sur la capacité de l'administration Bush de prendre l'initiative, élément-clés de la préemption²²⁶.

Cette idée de prévision et d'anticipation des événements est rapidement appliquée à l'ensemble des mesures antiterroristes adoptées par l'administration Bush. Bien que Yoo affirme qu'il ne s'agissait pas de faire concorder les interprétations du BCJ avec la « doctrine Bush »²²⁷, cette idéologie transparait manifestement dans la redéfinition de la torture du BCJ. À cet effet, Bradford Berenson (le conseiller adjoint du président Bush de 2001 à 2003) affirme qu'« [il] y avait un consensus autour du fait qu'il fallait passer de la vengeance et des sanctions à la préemption et la prévention »²²⁸. En effet, la philosophie derrière le recours à des méthodes sévères d'interrogation étant d'obtenir des informations primordiales de la part des détenus, elle ramène perpétuellement au scénario de la bombe à retardement. D'ailleurs, avant même que ne soit redéfinie la torture par les conseillers juridiques du BCJ, les mémorandums échangés entre la Maison Blanche, la Défense et le ministère de la Justice portent sur la légalité de détenir des Talibans ou des membres d'Al-Qaïda.

À partir du moment où leur détention est avalisée par le BCJ, la CIA et les militaires sur le terrain emprisonnent sans toutefois avoir l'assurance que les combattants capturés s'avèreront être des éléments-clés pour le renseignement américain. Ils décident néanmoins de les détenir, minimalement, jusqu'à la fin des hostilités : il s'agit de « détentions préventives ». Le recours à la captivité et à la

²²⁵ *Idem* [traduction libre par l'auteur].

²²⁶ Jonathan Renshon, « The Psychological Origins of Preventive War », p. 218. In Renshon, Stanley A. et Peter Suedfeld (éd.), *Understanding the Bush Doctrine : Psychology and Strategy in an Age of Terrorism*, New York : Routledge, 2007.

²²⁷ John Yoo, Entrevue accordée à Frontline, PBS, *Op. cit.*

²²⁸ J. Mayer, « The Hidden Power », *Op. cit.* [traduction libre par l'auteur].

torture s'inspire clairement de la volonté des conseillers juridiques d'améliorer le rendement du renseignement américain : ces deux méthodes sont donc mises au service de la préemption promue par la « doctrine Bush ». Cette logique s'apparente considérablement à celle mise de l'avant par le vice-président Cheney.

2.1.2 L'omniprésence de la « doctrine Cheney »

Aussi appelée « doctrine du 1% » (*One percent doctrine*) par Ron Suskind, la « doctrine Cheney » apparaît en novembre 2001 lors d'une rencontre réunissant George Tenet (alors directeur de la CIA), Cheney, Rice et un rapporteur non-identifié. Ceux-ci se rassemblent, préoccupés par des rapports du renseignement américain affirmant qu'un scientifique nucléaire pakistanais offre son expertise à Al-Qaïda, qui est dès lors soupçonnée de vouloir se procurer des armes de destruction massive. À partir de ce moment, Cheney constate que les États-Unis sont désormais confrontés à une nouvelle menace qu'il qualifie de « *low-probability, high-impact event* »²²⁹. Face à une telle situation, le vice-président affirme: « S'il y a une probabilité de 1% que des scientifiques pakistanais aident Al-Qaïda à construire ou développer des armes de destruction massive, il faut considérer cette information comme une certitude. Il ne s'agit pas d'analyse, mais uniquement de notre réaction »²³⁰. Cette idéologie se transpose directement dans l'élaboration de la nouvelle définition de la torture. En effet, ses architectes considèrent que s'il existe une possibilité – aussi faible soit-elle – d'obtenir des informations essentielles pour le renseignement, il semble justifié, pour les militaires et les interrogateurs de la CIA, de recourir à des méthodes d'interrogation draconiennes. Bien que l'un des objectifs soit, dès le début des bombardements en Afghanistan, de détenir les leaders d'Al-Qaïda, tels qu'Ibn al-

²²⁹ Ron Suskind, « The Untold Story of al-Qaeda's Plot to Attack the Subway », *Time Magazine*, 19 juin 2006. Disponible [en ligne] : <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1205478,00.html> (consultée le 25 mars 2008).

²³⁰ Ron Suskind, *La guerre selon Bush*, *Op. cit.*, p. 84.

Shaykh al-Libi²³¹, plusieurs prisonniers ne sont que des insurgés contre l'invasion américaine : les conseillers du président Bush considèrent que, même s'ils se trouvent au bas de l'échelle de l'organisation terroriste, ils représentent une source privilégiée d'informations.

La vision de Cheney motive et justifie grandement l'utilisation de la torture. Ayant à sa disposition des prisonniers pouvant, croit-elle, contribuer à la prévention d'attaques futures, l'administration Bush estime qu'elle doit se prémunir de tous les outils nécessaires pour obtenir des informations. Selon la doctrine Cheney, il faut agir malgré la présence de doutes. L'administration américaine doit aller de l'avant et faire preuve d'initiative. Cette réflexion évoque d'ailleurs un autre concept émergent en septembre 2001.

2.1.3 La nécessité du « *forward-leaning* »

Apparu pendant la Guerre froide, ce concept refait surface immédiatement après les attentats de 2001. Comme l'explique Berenson, dans les jours qui suivent les attentats contre le WTC et le Pentagone, les conseillers de la Maison Blanche sont particulièrement conscients de leur obligation de protéger la population américaine contre d'éventuelles attaques. Dès lors plane à la Maison Blanche une atmosphère remplie d'inquiétude mais aussi de détermination : il faut être agressif et tout faire pour fournir à l'Exécutif les outils dont il a besoin pour répondre à l'agression revendiquée par Al-Qaïda. Berenson précise qu'en vertu de cette idée de « *forward-leaning* », les conseillers font tout en leur pouvoir afin de s'assurer que Bush :

²³¹ Ibn al-Shaykh al-Libi est un paramilitaire libyen qui entraîne les membres d'Al-Qaïda. Après le 11 septembre 2001, il fait partie de la liste des terroristes recherchés par le gouvernement américain. Il est capturé au Pakistan en tentant de fuir l'Afghanistan après la chute du régime taliban suite à l'invasion américaine. En garde-à-vue américaine à Kandahar, il aurait induit en erreur ses interrogateurs en affirmant que l'Irak fournissait des enseignements à Al-Qaïda quant à l'utilisation des armes de destruction massive. Cette fausse allégation a été utilisée, à tort, par le président Bush pour justifier l'invasion de l'Irak. Voir Dana Priest, « Al Qaeda-Iraq Link Recanted : Captured Libyan Reverses Previous Statement to CIA, Officials Say », *The Washington Post*, 1^{er} août 2004, p.A20; Richard Norton-Taylor, « Al-Qaïda 'Planted Information to Encourage Invasion' », *The Guardian*, 17 novembre 2006. Disponible [en ligne] : <http://www.guardian.co.uk/world/2006/nov/17/iraq.usa> (consultée le 2 avril 2008).

[détienne] l'ensemble des outils et des armes dont il [peut] disposer en tant que président, qu'on le [conseille] adéquatement sur la manière dont il [peut] et [doit] s'en servir et, qu'en formant un tout uni, le gouvernement des États-Unis, la branche exécutive du gouvernement, [fasse] tout en son pouvoir pour protéger la population américaine et pour éviter d'autres pertes humaines de l'envergure du 11 septembre²³².

Dans un article du *New York Times*, Tim Golden souligne que l'approche juridique de l'administration Bush concernant la lutte contre le terrorisme apparaît dans les quelques jours après le 11 septembre, lorsque les hauts-dirigeants des principaux départements demandent à leurs conseillers d'affronter Al-Qaïda avec imagination et audace. Berenson renchérit « [j]uridiquement, le mot d'ordre est devenu 'forward-leaning' par lequel tout le monde entendait : « Nous voulons être agressifs. Nous voulons prendre des risques. » »²³³.

Ce concept trouve une certaine résonance parmi les conseillers juridiques du président Bush et peut notamment s'illustrer par le mémorandum rédigé par John Yoo le 21 septembre 2001 – dix jours seulement après le 11 septembre – à la demande de Timothy Flanagan (conseiller adjoint du président). Dans ce document, Yoo se penche sur la légalité de l'utilisation de la force à l'intérieur des États-Unis, afin de prévenir des activités terroristes. Il s'interroge ainsi sur l'application du Quatrième amendement de la Constitution dans le cas où l'armée américaine utiliserait la force militaire pouvant mettre la vie des citoyens en danger. Le Quatrième amendement protège les individus contre les fouilles et perquisitions déraisonnables, et exige que le gouvernement ait des soupçons objectifs pour empiéter sur les libertés individuelles telles que le droit à la vie privée²³⁴. Dans son interprétation, le conseiller juridique du BCJ affirme qu'à la

²³² Bradford Berenson, « The Torture Question », entrevue accordée à Frontline, PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/torture/interviews/berenson.html> (consultée le 25 mars 2008) [traduction libre par l'auteur].

²³³ T. Golden, *Op. cit.*, p. 2 [traduction libre par l'auteur].

²³⁴ National Constitution Center, *The Text of the Constitution, Amendment IV* (Ratified December 15, 1791). Disponible [en ligne] :

lumière d'attaques terroristes destructrices, l'adoption, par le gouvernement, de mesures contrevenant aux libertés individuelles en temps normaux pourrait être justifiée. En effet, Yoo précise que si le président considère justifié de recourir à la force militaire à l'intérieur du territoire américain, alors le Quatrième amendement ne s'applique pas, tout comme dans le cas d'une invasion ou d'une insurrection²³⁵.

Bien que ce mémorandum ne concerne pas directement la question de la torture, il montre néanmoins l'agressivité et le « *forward-leaning* » dont peut faire preuve John Yoo soupçonné d'être, avec David Addington, la plume du mémo redéfinissant la torture. Cette attitude audacieuse et offensive se fait d'ailleurs aussi sentir dans les bureaux de la vice-présidence. Connus pour leur vision conservatrice, Cheney et Addington travaillent de pair avec les conseillers du BCJ pour faire valoir des mesures radicales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

2.1.4 Une fenêtre d'opportunité pour la poursuite d'agendas personnels

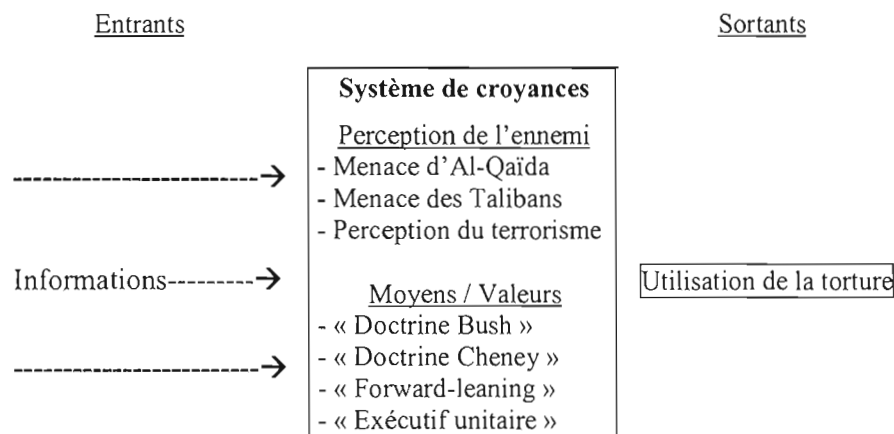
Les décideurs et conseillers impliqués dans l'élaboration de politiques antiterroristes, dont le recours à des méthodes draconiennes, se soumettent non seulement au système de valeurs propre à l'administration Bush, mais aussi aux idéologies auxquelles ils adhèrent personnellement depuis longtemps. Yoo, Addington, Gonzales et Cheney, en vertu de ce que Golden appelle des « *longstanding political agendas* », déploient maints efforts afin d'augmenter les pouvoirs de l'Exécutif, ce pour quoi ils œuvrent depuis de longues années, notamment dans le cas du duo vice-présidentiel ayant longtemps soutenu la doctrine de l'« Exécutif unitaire ». À cet effet, ces acteurs profitent d'une conjoncture favorable pour mettre de l'avant la cause pour laquelle ils se sont abondamment dévoués. Ainsi, les mémorandums sur les pouvoirs du président en

http://www.constitutioncenter.org/constitution/details_explanation.php?link=132&const=11_and_04 (consultée le 27 mars 2008).

²³⁵ T. Golden, *Op. cit.*, p. 3.

réponse à des attaques terroristes, sur l'inapplication des Conventions de Genève et sur le pouvoir présidentiel d'ordonner, en tant que commandant en chef des forces armées, l'interrogation de combattants illégitimes, résultent de la détermination des conseillers de Bush de limiter la soumission des États-Unis au droit international, puis de leur volonté de renforcer les pouvoirs présidentiels²³⁶.

Figure 2.1
La relation entre le système de croyances et le processus décisionnel menant au recours à la torture²³⁷



2.2 La pensée groupale et les pressions constantes en faveur du conformisme

Les erreurs et stratégies utilisées lors du processus décisionnel vont souvent au-delà des croyances et attitudes individuelles des décideurs. Ceux-ci, réunis en petit groupe lorsqu'une situation de crise survient, peuvent aussi adopter des comportements pouvant nuire à la qualité des politiques choisies. Comme le soulignent Stern et Sundelius, « les petits groupes constituent un lieu d'activité décisionnelle cruciale au sein des gouvernements modernes »²³⁸. Irving L. Janis

²³⁶ *Ibid.*, p. 2.

²³⁷ Cette figure est inspirée par celle proposée par Ole Holsti dans « The Belief System and National Images », *Op. cit.*, p. 245.

²³⁸ Eric Stern et Bengt Sundelius, « The Essence of Groupthink », *Mershon International Studies Review*, Vol. 38, No. 1, avril 1994, p. 101 [traduction libre par l'auteur].

s'est aussi penché sur le comportement de groupe lors de la prise de décision. Dans son ouvrage *Victims of Groupthink*, il illustre, à l'aide de processus décisionnels déficients (comme celui l'invasion de la Baie des Cochons), la tendance d'un groupe de décideurs à se conformer les uns aux autres et, par conséquent, à ne pas prendre en considération un ensemble de possibilités. Comme l'explique Janis :

chacune de ces décisions ont été le produit d'un groupe; elles ont résulté d'une série de réunions d'un petit groupe de décideurs et de conseillers marqués par la cohésion. Dans chacun des cas, les membres de ce groupe décisionnel ont fait plusieurs erreurs de calcul graves concernant, à la fois, les conséquences pratiques et morales de leurs décisions²³⁹.

En ce sens, plusieurs erreurs de politique étrangère sont le fruit d'attitudes groupales nuisant à la rationalité des décisions. Pour Paul 't. Hart, la hiérarchie et la conformité au sein d'organisations peuvent engendrer l'émergence de la pensée groupale.

Au sein de groupes décisionnels de haut niveau, la combinaison d'un style de leadership fermé et d'une propension à la conformité peut produire des tendances à la pensée groupale [...] les membres du groupe sont enclins à se conformer excessivement par anticipation aux suppositions, perspectives et alternatives préférées par le chef de l'Exécutif²⁴⁰.

Nous constatons que dans le processus décisionnel menant à la redéfinition de la torture, le petit groupe de conseillers juridiques subit les effets de la pensée groupale, notamment en exerçant des pressions constantes sur d'autres acteurs en désaccord, afin que ces derniers se conforment à la majorité.

D'après David Bowker, certains conseillers juridiques tentent de décourager la dissension au sein de l'administration Bush en excluant du groupe décisionnel ceux qui manifestent leur désaccord. Bowker estime que l'exclusivité de ce cercle

²³⁹ Irving L. Janis, *Victims of Groupthink : A Psychology Study of Foreign-Policy Decisions and Fiascoes*, Boston : Houghton Mifflin Company, 1972, p. iv [traduction libre par l'auteur].

²⁴⁰ Paul 't. Hart, *Groupthink in Government. A Study of Small Groups and Policy Failure*, Amsterdam : Swets & Zeitlinger, 1990, p. 177 [traduction libre par l'auteur].

sert sans doute, par ailleurs, à encourager la loyauté et la cohésion au sein de l'administration en réservant l'accès au processus décisionnel aux acteurs partageant les mêmes opinions que le BCJ, la vice-présidence et la Défense²⁴¹.

Cette tendance pose conséquemment le problème de la pensée groupale. Des membres de l'administration ayant œuvré aux côtés de David Addington soulignent que sa présence lors des réunions pèse lourdement sur le déroulement des discussions : si une personne s'oppose à lui, il la ridiculise, la rejette ou l'expulse simplement de la pièce²⁴². Lors de ces rencontres, Addington pose toujours deux questions : « Pensez-vous que nous avons le pouvoir de faire ce que nous faisons? » ; « Est-il possible que, si nous consultons le Congrès, le président n'obtienne pas ce qu'il désire, que le Congrès lui impose certaines restrictions et que le président soit affaibli, rendant ainsi son travail de protection des Américains plus difficile? ». Ce sont des questions tendancieuses qui, comme l'explique Jack Goldsmith, mettent généralement fin aux discussions²⁴³. Dans le portrait qu'elle dresse du conseiller juridique du vice-président, Jane Mayer insiste sur le fait que selon les avocats à Washington, Addington domine les discussions internes sur les techniques d'interrogation. En effet, la plupart des participants aux délibérations se rallient promptement à ses idées, souvent sans même débattre des avantages et inconvénients d'une option²⁴⁴. Richard Shiffrin, alors conseiller juridique au Pentagone, décrit Addington, lors de ces réunions, comme étant doctrinaire, obstiné, insistant, fermé aux arguments des autres conseillers juridiques et convaincu qu'il a toujours raison. Shiffrin souligne de

²⁴¹ D. W. Bowker, *Op. cit.*, p. 200.

²⁴² Jane Mayer, « David Addington : Cheney's Powerful, One-Man Legal Office ». Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/cheney/themes/addington.html> (consultée le 25 février 2008).

²⁴³ Jack Goldsmith, « David Addington : Cheney's Powerful, One-Man Legal Office ». Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/cheney/themes/addington.html> (consultée le 25 février 2008) [traduction libre par l'auteur].

²⁴⁴ J. Mayer, « The Hidden Power », *Op. cit.*

plus, la pression en faveur du conformisme : « Si vous [êtes] un partisan du droit international, vous [risquez] d'être accusé, par Addington, d'être « un pleutre dans le cadre de la lutte contre le terrorisme » »²⁴⁵. D'après Addington, les réfractaires aux mesures radicales adoptées pour lutter contre le terrorisme (comme le recours à la torture) sont des ennemis du président.

En octobre 2003, Jack Goldsmith arrive à la tête du Bureau du conseil juridique. Après avoir révisé les recommandations – concernant le statut des prisonniers – émises par le BCJ dans les mois précédant son arrivée, il fait rapidement connaître son avis à ce sujet : les Conventions de Genève s'appliquent à l'ensemble des Irakiens, soupçonnés ou non d'être membres d'Al-Qaïda. Cette position est, sans nul doute, loin de plaire à Addington. En décembre, Goldsmith informe le département de la Défense que le « *torture memo* » est en cours de révision et qu'il devient, par conséquent, temporairement inefficace. Clairement vexé par cette situation indésirable, Addington accuse immédiatement Goldsmith de « changer les règles au milieu de la partie ».

En juin 2004, lorsqu'il y a fuite et que le « *torture memo* » parvient au *Washington Post*, Goldsmith confirme au ministre de la Justice John Ashcroft qu'il retire définitivement le document pour qu'il soit corrigé puis remplacé. De multiples batailles bureaucratiques se déroulent jusqu'en décembre où le BCJ émet un nouveau mémo satisfaisant péniblement les défenseurs des droits humains²⁴⁶. Yoo et Addington accusent Goldsmith d'avoir croulé sous la pression après la publicisation du scandale d'Abou Ghraïb et de n'avoir pris qu'une décision purement politique. Ayant retiré à lui seul plus de recommandations du BCJ que l'ensemble de ses prédécesseurs, Goldsmith démissionne. Alors que

²⁴⁵ Richard Shiffrin cité dans J. Mayer, « The Hidden Power », *Op. cit.*

²⁴⁶ La nouvelle version du « *torture memo* » est rédigée par Daniel Levin, un avocat sénior du ministère de la Justice. Voir Daniel Levin, *Legal Standards Applicable Under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A. Memorandum Opinion for the Deputy Attorney General*, 30 décembre 2004. Disponible [en ligne] : <http://www.usdoj.gov/olc/18usc23402340a2.htm> (consultée le 14 avril 2008).

Gonzales lui demande de rester, Addington sort une carte sur laquelle il a noté les mémos retirés par Goldsmith et le confronte :

Maintenant que vous avez retiré les recommandations juridiques auxquelles le président des États-Unis se fiait, je veux que vous passiez à travers l'ensemble des recommandations émises par le BCJ [concernant la lutte contre le terrorisme] et que vous me fassiez savoir lesquelles vous avez l'intention de conserver²⁴⁷.

Cet épisode illustre bien la présence et le poids de pressions pour le conformisme, de la part des personnalités fortes actives autour du président Bush, telles que David Addington, le conseiller du vice-président.

D'après Goldsmith, plusieurs décisions de l'administration Bush sont prises par un petit groupe formé de juristes aux idées et principes similaires, puis annoncées sans consultation externe, ceci les ayant poussé à commettre des erreurs juridiques et politiques dommageables pour l'administration en place²⁴⁸.

Cette attitude repose sur la volonté d'une partie de l'administration Bush de transmettre, à l'extérieur des cercles décisionnels, une image d'unité, notamment auprès de l'opinion publique et des médias. « L'administration [Bush] est unie dans son engagement de protéger les Américains, de vaincre le terrorisme et d'accroître la démocratie » affirme alors Lea Anne McBride, porte-parole du vice-président Cheney²⁴⁹.

Contrairement à l'idée « d'un compromis âprement négocié entre tout un ensemble d'acteurs collectifs et individuels²⁵⁰ » tel qu'avancée par le modèle

²⁴⁷ David Addington cité dans « Palace Revolt », *Newsweek*, *Op. cit.*

²⁴⁸ J. Goldsmith, *The Terror Presidency*, *Op. cit.*, p. 206.

²⁴⁹ Sans auteur, « Palace Revolt », *Op. cit.*

²⁵⁰ Dario Battistella, *Théorie des relations internationales*, 2^e édition, Paris : Les Presses de Sciences Po, 2006, p. 343.

organisationnel de Graham Allison et Philipp Zelikow²⁵¹, l'étude des luttes bureaucratiques et des erreurs perceptuelles menant à la redéfinition de la torture nous permettent de conclure que le processus décisionnel, dans ce dossier, n'est pas le fruit d'un compromis. La prise de décision menant au recours à la torture est plutôt volontairement court-circuitée par un comité restreint exclusif aux conseillers juridiques du BCJ, du président, de la vice-présidence et de la Défense qui, ne souhaitant pas négocier avec les dissidents au sein de l'appareil bureaucratique, leur ferment les portes de la prise de décision. En effet, en dépit des multiples objections au sein de l'appareil bureaucratique, les décideurs politiques à Washington sont allés de l'avant avec une politique de détention et d'interrogation aujourd'hui hautement critiquée.

²⁵¹ Voir Graham Allison et Philipp Zelikow, *Essence of Decisions : explaining the Cuban Missile Crisis*, New York : Longman, 1999, pp. 294-295.

CONCLUSION

Cette recherche avait pour objectif d'expliquer le rôle des conseillers juridiques du président George W. Bush dans la redéfinition de la torture, ainsi que de saisir la portée de leur travail au sein de l'appareil bureaucratique américain. L'intérêt que nous avons porté aux conseillers juridiques en particulier s'explique par l'émergence inopinée du Bureau du conseil juridique dans la foulée du 11 septembre 2001, alors que cet organe est, avant ce jour, peu connu du grand public. Nous avons ainsi cherché à comprendre comment ces conseillers juridiques, avec l'aide de ceux de hauts-décideurs de Washington, sont parvenus à convaincre Bush du bien-fondé de la torture dans la lutte contre le terrorisme, et pourquoi ils étaient si convaincus de l'utilité des techniques radicales d'interrogation en Afghanistan, à Guantanamo puis, par la suite, en Irak.

Dans un premier temps, l'étude du profil des architectes de la redéfinition de la torture a permis d'établir un lien entre leur personnalité, leurs expériences, leurs idées, leur relation avec le président Bush et leur volonté de recourir à la torture afin de faciliter le travail du renseignement. Nous avons ainsi pu expliquer l'émergence inattendue, d'une part, des conseillers juridiques du BCJ, et, de l'autre, du conseiller juridique du vice-président Richard Cheney (David Addington), de celui de la Défense (William Haynes II) et de celui de la Maison Blanche (Alberto Gonzales) dans l'élaboration de la nouvelle politique d'interrogation. Nous avons dès lors identifié deux facteurs expliquant l'importance inégalée des juristes dans le processus décisionnel de l'après- 11 septembre : premièrement, le « nouveau paradigme » de la « guerre » contre les réseaux terroristes exige une excellente connaissance du droit fédéral et international, de même que des coutumes de guerre, alors qu'à ce moment, aucun haut-dirigeant n'est avocat; deuxièmement, le vice-président, prônant l'augmentation des pouvoirs présidentiels au détriment de ceux du Congrès, est conseillé par David Addington, personnalité forte aux idées et valeurs fidèles à celles de Cheney et Bush.

Dans un deuxième temps, nous avons exposé l'interprétation ayant mis la table pour redéfinir la torture. En effet, les conseillers juridiques de l'administration Bush ont dû préalablement actualiser des lois préexistantes, devant adapter le droit fédéral et international sur la torture au nouveau contexte mondial. D'après ces juristes, la « guerre contre le terrorisme » diffère largement de la guerre traditionnelle entre États-nations puisqu'elle implique un acteur non-étatique n'ayant pas adhéré aux traités internationaux et, par conséquent, ne respectant pas les lois et coutumes de guerre. En ce sens, selon l'interprétation juridique du BCJ, la particularité du conflit avec les Talibans et Al-Qaïda en Afghanistan fait en sorte que les Conventions de Genève ne peuvent s'appliquer et que, dès lors, les membres présumés de cette organisation terroriste, de même que les Talibans, ne peuvent jouir des protections assurées par le droit de Genève (le statut de prisonnier de guerre). Bien que le président Bush n'applique pas les Conventions de Genève aux membres d'Al-Qaïda, il décide toutefois de les appliquer aux combattants talibans. Cependant, il décide que l'article 3 commun aux conventions est ineffectif, n'octroyant à aucun le statut de prisonniers de guerre, les qualifiant plutôt de « combattants illégitimes ».

Ayant désormais dépourvu Al-Qaïda et les Talibans de protection juridique contre la torture, les conseillers juridiques du BCJ, agissant de pair avec David Addington, William Haynes, Donald Rumsfeld et Dick Cheney, légitiment le recours à des techniques d'interrogation radicales. Pour ce faire, le BCJ propose au président Bush et à son conseiller juridique une définition plus flexible de la torture : pour qu'il s'agisse d'actes de torture, il faut désormais prouver que les interrogateurs ont agi avec l'intention spécifique d'infliger des souffrances au détenu, que les actes posés ont causé l'arrêt ou le dysfonctionnement des membres ou des organes vitaux, ou bien la mort et, dans le cas de la torture psychologique, que le détenu souffre de traumatismes s'échelonnant sur plusieurs mois, voire sur plusieurs années. Ces nouveaux critères rendent plus difficile la poursuite au criminel d'individus ayant commis de tels actes. De plus, ils ouvrent la porte à de

nombreuses actions qui seront, par conséquent, utilisées dans les centres de détentions de Guantanamo puis d'Abou Ghraib, entre autres.

Dans un troisième temps, comme cette nouvelle définition résulte de l'échange de plusieurs mémorandums entre le BCJ, la vice-présidence, la Défense et la Maison Blanche, nous avons recouru à l'approche organisationnelle pour constater que les conseillers juridiques ont déployé une stratégie visant à marginaliser du processus décisionnel les départements s'érigeant contre le recours à la torture. Tout comme la première administration Bush, la seconde est particulièrement divisée quant aux mesures à adopter dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : deux camps se confrontent avec, d'un côté, le secrétaire d'État Colin Powell, la conseillère pour la Sécurité nationale Condoleezza Rice, leurs conseillers juridiques respectifs William Taft IV et John Bellinger, et la branche militaire de la Défense. On retrouve, de l'autre côté, les conseillers juridiques du BCJ dont John Yoo, celui de la Maison Blanche, la vice-présidence et la branche civile du Pentagone.

L'approche organisationnelle nous a permis de comprendre que la propension des agences gouvernementales à défendre leurs propres intérêts n'a pas fait défaut dans le dossier de la redéfinition de la torture : d'une part, le Département d'État, plus modéré et internationaliste, s'est soucié des incidences du recours à la torture sur l'état des relations diplomatiques avec d'autres pays; la branche militaire de la Défense a cherché à agir fidèlement à la tradition militaire de justice et d'honneur. D'autre part, le BCJ, la vice-présidence et Alberto Gonzales ont travaillé en fonction de l'agenda présidentiel et des volontés de Bush, tout en prenant les moyens nécessaires afin de renforcer le pouvoir exécutif. Le facteur bureaucratique a, de plus, contribué à notre compréhension de la marginalisation des dissidents par ce petit groupe de conseillers : en raison des positions départementales irréconciliables, Cheney, Addington, Rumsfeld et Gonzales ont délibérément exclu de la prise de décision les agences risquant de leur nuire, comme le Département d'État et le Congrès. Afin de conserver ce dernier dans

l'ignorance, ils lui ont bloqué l'accès aux documents compromettants. Parallèlement, ils ont refusé de tendre l'oreille aux commentaires de JAGs et de militaires actifs sur le terrain grandement préoccupés par les conséquences de l'utilisation de telles méthodes pour les militaires chargés de mener les interrogatoires.

En ayant toujours comme objectif de comprendre comment Bush s'est laissé convaincre du bien-fondé de la torture au nom de la sécurité nationale, nous avons recouru à la théorie de l'influence des conseillers et à l'analyse de son style présidentiel. En procédant ainsi, nous avons été en mesure de comprendre l'incidence du comportement du président sur le processus décisionnel. Nous avons vu que, lors du débat sur l'application des Conventions de Genève, Bush s'est principalement fié aux conseils d'Addington et de Gonzales : leur proximité et leur loyauté ont contribué à faciliter les échanges avec le président et ont renforcé la confiance qu'il leur a accordée. Le chef de l'Exécutif s'est de plus tourné vers les « irréguliers » du BCJ, dont John Yoo, pour interpréter le droit fédéral et international car, de cette façon, comme l'explique la théorie de l'influence des conseillers, il s'est assuré d'obtenir des informations fidèles à son agenda présidentiel. En effet, les conseillers du BCJ lui ont fourni les outils nécessaires pour mener à terme sa « guerre contre le terrorisme ».

Enfin, nous avons utilisé le facteur perceptuel afin de comprendre quelles perceptions ont encouragé certains conseillers juridiques à croire que l'utilisation de la torture est justifiée par le « nouveau paradigme ». Nous avons pu constater qu'ils ont, d'une part, commis certaines erreurs perceptuelles s'étant répercutées sur le résultat du processus décisionnel, puis qu'ils ont employé des stratégies psychologiques précises.

Dans un premier temps, les conseillers juridiques ont commis trois erreurs majeures : (1) leur perception du terrorisme les a fortement poussés à recourir à la torture afin de lutter contre ce phénomène : tombant dans la stratégie du « *mirror-*

imaging », ces derniers ont estimé que des événements extraordinaires, comme des attentats terroristes, nécessitaient une réponse tout aussi extraordinaire, comme la torture. Celle-ci a donc été jugée comme une forme d'équivalence puisque, tout comme le terrorisme, elle sert à terroriser à des fins politiques; (2) le processus décisionnel menant à la redéfinition de la torture a, de plus, souffert de la méconnaissance d'Al-Qaïda par ces conseillers. Ils ont dès lors omis de prendre en considération la possibilité que la torture nuise aux États-Unis plutôt que de contribuer à la collecte de renseignements pertinents; (3) le petit groupe de conseillers en faveur des méthodes radicales a exercé des pressions constantes sur les acteurs s'érigeant contre ces techniques afin que ceux-ci se conforment à leur volonté. Ce comportement, adopté par les personnalités fortes de l'administration Bush comme Cheney, Addington et Rumsfeld, a fait en sorte que les dissidents, dont Rice et Powell, se sont finalement soumis à leurs désirs et ont, par la suite, laissé le champ libre à la mise en œuvre de la nouvelle politique d'interrogation.

Dans un second temps, quatre principes idéologiques ont inspiré la marche des conseillers vers le recours à la torture. Les doctrines Bush et Cheney, le « *forward-leaning* » et l'« exécutif unitaire » rassemblaient plusieurs éléments jugés indispensables pour lutter contre le terrorisme : la « préemption », l'agressivité, l'originalité et un président jouissant d'une latitude considérable et n'étant pas soumis à l'examen des parlementaires du Congrès. La prédominance du président dans les affaires étrangères mise de l'avant par l'élite-conseil de l'administration Bush pousse inévitablement à s'interroger sur l'avenir du pouvoir exécutif, d'autant que les États-Unis sont à l'aube d'une élection présidentielle historique. Les efforts considérables déployés par Bush et ses proches conseillers afin de renforcer la présidence américaine s'expliquent-ils uniquement par la personnalité du chef de la Maison Blanche et des élites de son entourage, ou résulte-t-elle des circonstances internationales particulières de l'après-11 septembre? Dans l'optique d'une « guerre contre le terrorisme » dont on ne connaît ni l'issue ni la date de fin, peut-on s'attendre, à ce que la présidence des

États-Unis devienne de plus en plus impériale, ce que les médias et politologues ont constamment reproché à la présidence de George W. Bush?

Autres pistes de réflexion

Sur le facteur perceptuel

Lors de cette recherche, nous avons été confrontés aux limites de l'approche perceptuelle. Contrairement à l'étude des luttes bureaucratiques plus faciles à démontrer à l'aide de documents déclassifiés ou de témoignages d'anciens fonctionnaires, l'étude de la perception paraît moins tangible et beaucoup plus subjective. Alors que par cette approche on reproche aux décideurs une gestion biaisée de l'information (le filtrage, la sélection, etc.), il semble que les chercheurs soient eux-mêmes sujets à de telles erreurs. Ainsi, bien que l'approche perceptuelle nous apparaisse incontournable lorsque vient le temps d'étudier un processus décisionnel, elle doit être complétée par une autre approche théorique car, à elle seule, les sources sont souvent insuffisantes et insatisfaisantes.

Sur les acteurs de la scène politique américaine

En raison de l'espace limité alloué pour la rédaction de ce mémoire, nous avons obligatoirement dû délaissier certains volets d'étude sur la redéfinition de la torture. Il sera donc intéressant, dans de futures recherches, de se pencher sur des acteurs comme les médias, mais surtout, sur la population américaine. À notre grand étonnement, lors de nos recherches, nous avons à plusieurs reprises consulté des études et sondages montrant la tendance populaire à appuyer des mesures draconiennes pour lutter contre le terrorisme. Ainsi, la « bombe à retardement » influencerait les politiques adoptées par l'élite décisionnelle, mais serait aussi présente au sein de l'opinion publique américaine. Comment expliquer la présence de ce phénomène chez les Américains, s'érigeant pourtant en ardents défenseurs des droits individuels? Comment expliquer que la torture soit utilisée dans une mission menée au nom de la liberté, de la démocratie et des droits humains?

Sur l'accroissement du pouvoir exécutif

En mars 2008, le président Bush a posé son veto sur un projet de loi limitant le travail des interrogateurs aux techniques d'interrogation permises par le *Army Field Manual on Interrogation*, et qui aurait dès lors prohibé le recours à certaines méthodes, comme le « *waterboarding* » vivement critiqué par les défenseurs des droits humains et la majorité démocrate au Congrès. Afin de justifier ce veto, Bush a affirmé :

Le fait de ne pas avoir été attaqués dans les six dernières années n'est pas un coup de chance [...] Nous n'avons aucune responsabilité plus importante que de freiner les attaques terroristes [...] Et ce n'est pas le moment pour le Congrès d'abandonner les pratiques qui ont fait leurs preuves dans le passé et qui ont permis de protéger les États-Unis²⁵².

Comme le souligne Stephen Hess, cette déclaration va de pair avec les décisions prises par l'entourage de Bush visant à renforcer le pouvoir exécutif. Il précise, de plus, qu'elle illustre bien la volonté de ce président de s'impliquer ardemment dans la lutte contre le terrorisme jusqu'à la fin de son dernier mandat. En exerçant des pressions pour le conformisme, Bush est même parvenu à rallier des parlementaires opposés à la torture, comme John McCain, qui estime que l'adoption de cette loi limiterait les informations disponibles pour la CIA. Confirmant l'existence de pressions au sein de l'appareil bureaucratique, Bill Delahunt, un démocrate du Massachusetts, affirme que :

ils [les décideurs de l'administration Bush] sont excellents pour manipuler les arguments pour faire en sorte que si le Congrès s'impose, ses parlementaires se feront reprocher d'être des pleutres, de ne pas être assez imposants dans la lutte contre le terrorisme²⁵³.

Cet épisode dans le dossier de la torture pousse à s'interroger sur ce que réservent les États-Unis aux détenus dans les années à venir. En dépit des dissensions manifestées au sein de l'appareil organisationnel, il appert que

²⁵² Steven Lee Myers, « Bush Vetoes Bill That Would Limit Interrogations », *The New York Times*, 8 mars 2008. Disponible [en ligne] : <http://www.nytimes.com/2008/03/08/washington/08cnd-policy.html> (consultée le 29 avril 2008) [traduction libre par l'auteur].

²⁵³ *Idem* [traduction libre par l'auteur].

l'efficacité des techniques radicales d'interrogation n'est pas pour autant remise en question par plusieurs décideurs à Washington.

La réinterprétation du droit international ayant eu lieu dans le dossier de redéfinition de la torture soulève, par ailleurs, quelques questions quant au respect du droit et des institutions internationales par les États-Unis. On peut dès lors se demander : quel sera l'élément ou événement qui les poussera à privilégier ces lois internationales? Quand intégreront-ils le multilatéralisme et le droit international à leur intérêt national ? Ces éléments sont-ils absolument indissociables?

Bien que de nombreux documents aient, à ce jour, été déclassifiés et rendus disponibles au grand public, certains mémorandums sont demeurés dans l'ombre du secret. Avec le temps, les témoignages de détenus à Guantanamo, en Afghanistan ou en Irak se multiplient et lèvent le voile sur ce qui, sur papier, semblait plus théorique que pratique. Malgré la quantité considérable de rapports d'enquête – plus d'une vingtaine – sur les interrogatoires menés dans les centres de détention américains à l'étranger, la qualité du travail effectué est grandement remise en cause. En effet, même si les exécutants sont punis pour leurs méfaits²⁵⁴, comment s'assurer que les prochains dirigeants américains ne marcheront pas dans les pas de leurs prédécesseurs si le sommet de la chaîne de commandement n'est ni poursuivi ni condamné?

L'étude du recours à la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme sera sans doute des plus enrichissantes lorsque les décideurs impliqués dans ce dossier – tels que Rumsfeld, Cheney, Ashcroft, Bush et les conseillers juridiques de chaque département – suivront l'exemple de Jack Goldsmith et John Yoo et raconteront, dans leurs mémoires, leur propre version du processus décisionnel menant à la redéfinition de cette méthode.

²⁵⁴ Pour connaître l'ensemble des sentences des accusés du scandale d'Abou Ghraib, voir l'excellent dossier interactif du *USA Today*. Disponible [en ligne] : http://www.usatoday.com/news/washington/2004-05-12-rumsfeld_x.htm (consultée le 27 avril 2008).

ANNEXES

ANNEXE A

United States Department of State
Washington, D.C. 20520

MEMORANDUM

TO: Counsel to the President
Assistant to the President for National Security Affairs

FROM: Colin L. Powell [initialed 26/T]

SUBJECT: Draft Decision Memorandum for the President on the Applicability of the Geneva Convention to the Conflict in Afghanistan

I appreciate the opportunity to comment on the draft memorandum. I am concerned that the draft does not squarely present to the President the options that are available to him. Nor does it identify the significant pros and cons of each option. I hope that the final memorandum will make clear that the President's choice is between

Option 1: Determine that the Geneva Convention on the treatment of Prisoners of War (GPW) does not apply to the conflict on "failed State" or some other grounds. Announce this position publicly. Treat all detainees consistent with the principles of the GPW;

and

Option 2: Determine that the Geneva Convention does apply to the conflict in Afghanistan, but that members of al Qaeda as a group and the Taliban individually or as a group are not entitled to Prisoner of War status under the Convention. Announce this position publicly. Treat all detainees consistent with the principles of the GPW.

The final memorandum should first tell the President that both options have the following advantages—that is there is no difference between them in these respects:

- Both provide the same practical flexibility in how we treat detainees, including with respect to interrogation and length of the detention.
- Both provide flexibility to provide conditions of detention and trial that take into account constraints such as feasibility under the circumstances and necessary security requirements.
- Both allow us not to give the privileges and benefits of POW status to al Qaeda and Taliban.

- Neither option entails any significant risk of domestic prosecution against U.S. officials.

The memorandum should go on to identify the separate pros and cons of the two options as follows:

Option 1—Geneva Convention does not apply to the conflict

Pros:

- This is an across-the-board approach that on its face provides maximum flexibility, removing any question of case-by-case determination for individuals.

Cons:

- It will reverse over a century of U.S. policy and practice in supporting the Geneva conventions and undermine the protections of the law of war for our troops, both in this specific conflict and in general.
- It has a high cost in terms of negative international reaction, with immediate adverse consequences for our conduct of foreign policy.
- It will undermine public support among critical allies, making military cooperation more difficult to sustain.
- Europeans and others will likely have legal problems with extradition or other forms of cooperation in law enforcement, including in bringing terrorists to justice.
- It may provoke some individual foreign prosecutors to investigate and prosecute our officials and troops.
- It will make us more vulnerable to domestic and international legal challenge and deprive us of important legal options:
 - It undermines the President's Military Order by removing an important legal basis for trying the detainees before Military Commissions.
 - We will be challenged in international fora (UN Commission on Human Rights; World Court; etc.).
 - The Geneva Conventions are a more flexible and suitable legal framework than other laws that would arguably apply (customary international human rights, human rights conventions). The GPW permits long-term detention without criminal charges. Even after the President determines hostilities have ended, detention continues if criminal investigations or proceedings are in process. The GPW also provides clear authority for transfer of detainees to third countries.

— Determining GPW does not apply deprives us of a winning argument to oppose habeas corpus actions in U.S. courts.

Option 2—Geneva Convention applies to the conflict

Pros:

- By providing a more defensible legal framework, it preserves our flexibility under both domestic and international law.
- It provides the strongest legal foundation for what we actually intend to do.
- It presents a positive international posture, preserves U.S. credibility and moral authority by taking the high ground, and puts us in a better position to demand and receive international support.
- It maintains POW status for U.S. forces, reinforces the importance of the Geneva Conventions, and generally supports the U.S. objective of ensuring its forces are accorded protection under the Convention.
- It reduces the incentives for international criminal investigations directed against U.S. officials and troops.

Cons:

- If, for some reason, a case-by-case review is used for Taliban, some may be determined to be entitled to POW status. This would not, however, affect their treatment as a practical matter.

I hope that you can restructure the memorandum along these lines, which it seems to me will give the President a much clearer understanding of the options available to him and their consequences. Quite aside from the need to identify options and their consequences more clearly, in its present form, the draft memorandum is inaccurate or incomplete in several respects. The most important factual errors are identified on the attachment.

•••••

Comments on the [Gonzales] Memorandum of January 25, 2002

Purpose

(Second paragraph) The Secretary of State believes that al Qaeda terrorists as a group are not entitled to POW status and that Taliban fighters could be determined not to be POWs either as a group or on a case-by-case basis.

Legal Background

(First bullet) The Memorandum should note that any determination that Afghanistan is a failed state would be contrary to the official U.S. government position. The United States and the international community have consistently held Afghanistan to its treaty obligations and identified it as a party to the Geneva Conventions.

(Second paragraph) The Memorandum should note that the OLC interpretation does not preclude the President from reaching a different conclusion. It should also note that the OLC opinion is likely to be rejected by foreign governments and will not be respected in foreign courts or international tribunals which may assert jurisdiction over the subject matter. It should also note that OLC views are not definitive on the factual questions which are central to its legal conclusions.

Ramifications of Determination that GPW Does Not Apply

(Positive) The Memorandum identifies several positive consequences if the President determines the GPW does not apply. The Memorandum should note that these consequences would result equally if the President determines that the GPW does apply but that the detainees are not entitled to POW status.

(Negative. First bullet) The first sentence is correct as it stands. The second sentence is taken out of context and should be omitted. The U.S. position in Panama was that Common Article 3 of the Geneva Conventions did apply.

Response to Arguments for Applying GPW to the al Qaeda and the Taliban

(First bullet) The assertion in the first sentence is incorrect. The United States has never determined that the GPW did not apply to an armed conflict in which its forces have been engaged. With respect to the third sentence, while no-one anticipated the precise situation that we face, the GPW was intended to cover all types of armed conflict and did not by its terms limit its application.

(Fourth bullet) The point is not clear. If we intend to conform our treatment of the detainees to universally recognized standards, we will be complying with the GPW.

ANNEXE B
Status of Legal Discussions re
Application of Geneva Convention to
Taliban and al Qaeda

1. Legal Conclusion re War Crimes Act Liability

- All lawyers involved in these discussions agree that the War Crimes Act does not apply to any actions taken by U.S. officials with respect to al Qaeda or Taliban detainees. *being*

2. Applicability of GPW to Conflict With al Qaeda

- DOJ lawyers have concluded as matter of law that our conflict with al Qaeda, regardless of where it is carried out, is not covered by GPW. Lawyers from DOD, WHC, and OVP support that legal conclusion.
- DOJ, DOD, WHC, and OVP lawyers believe that this conclusion is desirable from a domestic law standpoint because it provides the best possible insulation from any misapplication of the War Crimes Act to the conflict with al Qaeda, whether in Afghanistan or elsewhere.
- DOJ, DOD, WHC, and OVP lawyers further believe that this conclusion is appropriate for policy reasons because it emphasizes that the worldwide conflict with al Qaeda is a new sort of conflict, one not covered by GPW or some other traditional rules of warfare.
- DOS lawyers believe that GPW applies to our treatment of al Qaeda members captured in Afghanistan on the theory that GPW applies to the conflict in Afghanistan, not to particular individuals or groups. *attached*
- JCS lawyers do not object to DOJ's legal conclusion, provided that JCS' policy concerns are addressed by statements that (1) the U.S. will treat all detainees as if the convention applied; (2) emphasize the importance we attach to the convention; and (3) emphasize our expectation that all other countries will treat our armed forces consistent with the convention. *in DOJ*

3. Applicability of GPW to Conflict With the Taliban

- DOJ, WHC and OVP lawyers agree that the President has authority to determine to suspend GPW as between the U.S. and Afghanistan based on a conclusion that Afghanistan is a failed state.
- DOS lawyers disagree with this conclusion and oppose such a determination.
- JCS lawyers oppose the determination on policy grounds to the extent that those policy considerations are not addressed as set forth in the last bullet of 1. above.
- All relevant lawyers agree that (a) Taliban detainees are not POWs and (b) they do not fit within the class of those entitled to any of the other (i.e., non-POW) protections of GPW. Thus all relevant lawyers agree that Taliban detainees will not benefit at all from GPW, whether or not GPW is suspended. *do not agree that Afghanistan is a failed state; that a failed state is one that is unable to carry out its obligations under international law*

(to
Tal.
print
and)

- DOJ lawyers believe that it is desirable to adhere to the President's determination of January 18 that GPW does not apply to our conflict with the Taliban in order to provide the best possible level of protection against misapplication of the War Crimes Act. OVP, DOD and WHC lawyers agree that the President's January 18 determination provides the best possible level of protection.

omit
1. and
this is

4. POW Status

- The lawyers involved all agree that al Qaeda or Taliban soldiers are presumptively not POWs, consistent with the President's determination of January 18.

5. Further Screening

- DOJ, WHC, and OVP lawyers believe that the President has definitively determined that al Qaeda and Taliban soldiers who come under U.S. control are not entitled to POW status. They further believe that this determination is conclusive and that no procedures are needed for further screening of any al Qaeda or Taliban detainees. They also believe that non-POW status affords the flexibility to release or transfer any prisoner determined not to be an appropriate candidate for detention, e.g., because he is a low level recruit who poses no continuing threat and who has no relevant information.
- DOD, JCS and DOS lawyers believe that, in the unlikely event that "doubt should arise" as to whether a particular detainee does not qualify for POW status, we should be prepared to offer additional screening on a case-by-case basis, either pursuant to Article 5 of GPW (to the extent the convention applies) or consistent with Article 5 (to the extent it does not). [The National Security Advisor has advised the Canadian government that this is our policy.]

The
is being
reviewed

confirm

6. CIA Issues

X.
a. does
include
the
as Ac-
a the
relevant
issues

- The lawyers involved all agree that the CIA is bound by the same legal restrictions as the U.S. military.
- They further agree that the CIA enjoys the same high level of protection from liability under the War Crimes Act as the U.S. military.
- CIA lawyers believe that, to the extent that GPW's protections do not apply as a matter of law but those protections are applied as a matter of policy, it is desirable to circumscribe that policy so as to limit its application to the CIA. The other lawyers involved did not disagree with or object to CIA's view.

Y

(A) [redacted bullets]

- DOS lawyers believe this conclusion is desirable from a domestic and international law standpoint because it provides the best legal basis for our intended treatment of the detainees and strengthens the Geneva Convention protections of our forces in Afghanistan and other conflicts.
- DOS lawyers further believe this conclusion is appropriate for policy reasons because it emphasizes that even in a new sort of conflict the United States bases its conduct on its international treaty obligations and the rule of law, not just its policy preferences.

ANNEXE C

Office of the Attorney General
Washington, D.C. 20530

February 1, 2002

The President
The White House
Washington, DC

Dear Mr. President:

With your permission, I would like to comment on the National Security Council's discussion concerning the status of Taliban detainees. It is my understanding that the determination that al Qaeda and Taliban detainees are not prisoners of war remains firm. However, reconsideration is being given to whether the Geneva Convention III on prisoners of war applies to the conflict in Afghanistan.

There are two basic theories supporting the conclusion that Taliban combatants are not legally entitled to Geneva Convention protections as prisoners of war:

1. During relevant times of the combat, Afghanistan was a failed state. As such it was not a party to the treaty, and the treaty's protections do not apply;
2. During relevant times, Afghanistan *was* a party to the treaty, but Taliban combatants are not entitled to Geneva Convention III prisoner of war status because they acted as unlawful combatants.

If a determination is made that Afghanistan was a failed state (Option 1 above) and not a party to the treaty, various legal risks of liability, litigation, and criminal prosecution are minimized. This is a result of the Supreme Court's opinion in *Clark v. Allen* providing that when a President determines that a treaty does not apply, his determination is fully discretionary and will not be reviewed by the federal courts.

Thus, a Presidential determination against treaty applicability would provide the highest assurance that no court would subsequently entertain charges that American military officers, intelligence officials, or law enforcement officials violated Geneva Convention rules relating to field conduct, detention conduct or interrogation of detainees. The War Crimes Act of 1996 makes violation of parts of the Geneva Convention a crime in the United States.

In contrast, if a determination is made under Option 2 that the Geneva Convention applies but the Taliban are interpreted to be unlawful combatants not subject to the treaty's protections, *Clark v. Allen* does not accord American officials the same protection from legal consequences. In cases of Presidential interpretation of treaties

which are confessed to apply, courts occasionally refuse to defer to Presidential interpretation. *Perkins v. Elg* is an example of such a case. If a court chose to review for itself the facts underlying a Presidential interpretation that detainees were unlawful combatants, it could involve substantial criminal liability for involved U.S. officials.

We expect substantial and ongoing legal challenges to follow the Presidential resolution of these issues. These challenges will be resolved more quickly and easily if they are foreclosed from judicial review under the *Clark* case by a Presidential determination that the Geneva Convention III on prisoners of war does not apply based on the failed state theory outlined as Option 1 above.

In sum, Option 1, a determination that the Geneva Convention does not apply, will provide the United States with the highest level of legal certainty available under American law.

It may be argued that adopting Option 1 would encourage other states to allege that U.S. forces are ineligible for Geneva Convention III protections in future conflicts. From my perspective, it would be far more difficult for a nation to argue falsely that America was a “failed state” than to argue falsely that American forces had, in some way, forfeited their right to protections by becoming unlawful combatants. In fact, the North Vietnamese did exactly that to justify mistreatment of our troops in Vietnam. Therefore, it is my view that Option 2, a determination that the Geneva Convention III applies to the conflict in Afghanistan and that Taliban combatants are not protected because they were unlawful, could well expose our personnel to a greater risk of being treated improperly in the event of detention by a foreign power.

Option 1 is a legal option. It does not foreclose policy and operational considerations regarding actual treatment of Taliban detainees. Option 2, as described above, is also a legal option, but its legal implications carry higher risk of liability, criminal prosecution, and judicially-imposed conditions of detainment—including mandated release of a detainee.

Clearly, considerations beyond the legal ones mentioned in this letter will shape and perhaps control ultimate decision making in the best interests of the United States of America.

Sincerely,

[signed]

John Ashcroft
Attorney General

The White House

Washington

February 7, 2002

MEMORANDUM FOR THE VICE PRESIDENT
THE SECRETARY OF STATE
THE SECRETARY OF DEFENSE
THE ATTORNEY GENERAL
CHIEF OF STAFF TO THE PRESIDENT
DIRECTOR OF CENTRAL INTELLIGENCE
ASSISTANT TO THE PRESIDENT FOR NATIONAL SECURITY AFFAIRS
CHAIRMAN OF THE JOINT CHIEFS OF STAFF

SUBJECT: Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees

1. Our recent extensive discussions regarding the status of al Qaeda and Taliban detainees confirm that the application of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949 (Geneva) to the conflict with al Qaeda and the Taliban involves complex legal questions. By its terms, Geneva applies to conflicts involving "High Contracting Parties," which can only be States. Moreover, it assumes the existence of "regular" armed forces fighting on behalf of States. However, the war against terrorism ushers in a new paradigm, one in which groups with broad, international reach commit horrific acts against innocent civilians, sometimes with the direct support of States. Our Nation recognizes that this new paradigm – ushered in not by us, but by terrorists – requires new thinking in the law of war, but thinking that should nevertheless be consistent with the principles of Geneva.
2. Pursuant to my authority as Commander-in-Chief and Chief Executive of the United States, and relying on the opinion of the Department of Justice dated January 22, 2002, and on the legal opinion rendered by the Attorney General in his letter of February 1, 2002, I hereby determine as follows:
 - a. I accept the legal conclusion of the Department of Justice and determine that none of the provisions of Geneva apply to our conflict with al Qaeda in Afghanistan or elsewhere throughout the world because, among other reasons, al Qaeda is not a High Contracting Party to Geneva.
 - b. I accept the legal conclusion of the Attorney General and the Department of Justice that I have the authority under the Constitution to suspend Geneva as between the United States and Afghanistan, but I decline to exercise that authority at this time. Accordingly, I determine that the provisions of Geneva will apply to our present conflict with the Taliban. I reserve the right to exercise this authority in this or future conflicts.
 - c. I also accept the legal conclusion of the Department of Justice and determine that common Article 3 of Geneva does not apply to either al Qaeda or Taliban detainees, because, among other reasons, the relevant conflicts are international

February 7, 2002 / Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees

- in scope and common Article 3 applies only to "armed conflict not of an international character."
- d. Based on the facts supplied by the Department of Defense and the recordation of the Department of Justice, I determine that the Taliban detainees are unlawful combatants and, therefore, do not qualify as prisoners of war under Article 4 of Geneva. I note that, because Geneva does not apply to our conflict with al Qaeda, al Qaeda detainees also do not qualify as prisoners of war.
 3. Of course, our values as a Nation, values that we share with many nations of the world, call for us to treat detainees humanely, including those who are not legally entitled to such treatment. Our Nation has been and will continue to be a strong supporter of Geneva and its principles. As a matter of policy, the United States Armed Forces shall continue to treat detainees humanely and, to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of Geneva.
 4. The United States will hold states, organizations, and individuals who gain control of United States personnel responsible for treating such personnel humanely consistent with applicable law.
 5. I hereby reaffirm the order previously issued by the Secretary of Defense, United States Armed Forces requiring that the detainees be treated humanely to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of Geneva.
 6. I hereby direct the Secretary of State to communicate my determination in an appropriate manner to our allies, and other countries and international organizations cooperating in the war against terrorism of global reach.

[Signed George

ANNEXED

ANNEXE E

DRAFT

1/25/2002—3:30 pm

January 25, 2002

MEMORANDUM FOR THE PRESIDENT

FROM: ALBERTO R. GONZALES

SUBJECT: DECISION RE APPLICATION OF THE GENEVA
CONVENTION ON PRISONERS OF WAR TO THE
CONFLICT WITH AL QAEDA AND THE TALIBAN*Purpose*

On January 18, I advised you that the Department of Justice had issued a formal legal opinion concluding that the Geneva Convention III on the Treatment of Prisoners of War (GPW) does not apply to the conflict with al Qaeda. I also advised you that DOJ's opinion concludes that there are reasonable grounds for you to conclude that GPW does not apply with respect to the conflict with the Taliban. I understand that you decided that GPW does not apply and, accordingly, that al Qaeda and Taliban detainees are not prisoners of war under the GPW.

The Secretary of State has requested that you reconsider that decision. Specifically, he has asked that you conclude that GPW does apply to both al Qaeda and the Taliban. I understand, however, that he would agree that al Qaeda and Taliban fighters could be determined not to be prisoners of war (POWs) but only on a case-by-case basis following individual hearings before a military board.

This memorandum outlines the ramifications of your decision and the Secretary's request for reconsideration.

Legal Background

As an initial matter, I note that you have the constitutional authority to make the determination you made on January 18 that the GPW does not apply to al Qaeda and the Taliban. (Of course, you could nevertheless, as a matter of policy, decide to apply the principles of GPW to the conflict with al Qaeda and the Taliban.) The Office of Legal Counsel of the Department of Justice has opined that, as a matter of international and domestic law, GPW does not apply to the conflict with al Qaeda. OLC has further opined that you have the authority to determine that GPW does not apply to the Taliban. As I discussed with you, the grounds for such a determination

may include:

- A determination that Afghanistan was a failed state because the Taliban did not exercise full control over the territory and people, was not recognized by the international community, and was not capable of fulfilling its international obligations (e.g., was in widespread material breach of its international obligations).
- A determination that the Taliban and its forces were, in fact, not a government, but a militant, terrorist-like group.

OLC's interpretation of this legal issue is definitive. The Attorney General is charged by statute with interpreting the law for the Executive Branch. This interpretive authority extends to both domestic and international law. He has, in turn, delegated this role to OLC. Nevertheless, you should be aware that the Legal Adviser to the Secretary of State has expressed a different view.

Ramifications of Determination that GPW Does Not Apply

The consequences of a decision to adhere to what I understood to be your earlier determination that the GPW does not apply to the Taliban include the following:

Positive:

- Preserves flexibility:
 - As you have said, the war against terrorism is a new kind of war. It is not the traditional clash between nations adhering to the laws of war that formed the backdrop for GPW. The nature of the new war places a high premium on other factors, such as the ability to quickly obtain information from captured terrorists and their sponsors in order to avoid further atrocities against American civilians, and the need to try terrorists for war crimes such as wantonly killing civilians. In my judgment, this new paradigm renders obsolete Geneva's strict limitations on questioning of enemy prisoners and renders quaint some of its provisions requiring that captured enemy be afforded such things as commissary privileges, scrip (i.e., advances of monthly pay), athletic uniforms, and scientific instruments.
 - Although some of these provisions do not apply to detainees who are not POWs, a determination that GPW does not apply to al Qaeda and the Taliban eliminates any argument regarding the need for case-by-case determinations of POW status. It also holds open options for the future conflicts in which it may be more difficult to determine whether an enemy force as a whole meets the standard for POW status.
 - By concluding that GPW does not apply to al Qaeda and the Taliban, we avoid foreclosing options for the future, particularly against nonstate actors.

- Substantially reduces the threat of domestic criminal prosecution under the War Crimes Act (18 U.S.C. 2441).
 - That statute, enacted in 1996, prohibits the commission of a “war crime” by or against a U.S. person, including U.S. officials. “War crime” for these purposes is defined to include any grave breach of GPW or any violation of common Article 3 thereof (such as “outrages against personal dignity”). Some of these provisions apply (if the GPW applies) regardless of whether the individual being detained qualifies as a POW. Punishments for violations of Section 2441 include the death penalty. A determination that the GPW is not applicable to the Taliban would mean that Section 2441 would not apply to actions taken with respect to the Taliban.
 - Adhering to your determination that GPW does not apply would guard effectively against misconstruction or misapplication of Section 2441 for several reasons.
 - First, some of the language of the GPW is undefined (it prohibits, for example, “outrages upon personal dignity” and “inhuman treatment”), and it is difficult to predict with confidence what actions might be deemed to constitute violations of the relevant provisions of GPW.
 - Second, it is difficult to predict the needs and circumstances that could arise in the course of the war on terrorism.
 - Third, it is difficult to predict the motives of prosecutors and independent counsels who may in the future decide to pursue unwarranted charges based on Section 2441. Your determination would create a reasonable basis in law that Section 2441 does not apply, which would provide a solid defense to any future prosecution.

Negative:

On the other hand, the following arguments would support reconsideration and reversal of your decision that the GPW does not apply to either al Qaeda or the Taliban:

- Since the Geneva Conventions were concluded in 1949, the United States has never denied their applicability to either U.S. or opposing forces engaged in armed conflict, despite several opportunities to do so. During the last Bush Administration, the United States stated that it “has a policy of applying the Geneva Conventions of 1949 whenever armed hostilities occur with regular foreign armed forces, even if arguments could be made that the threshold standards for the applicability of the Conventions . . . are not met.”
- The United States could not invoke the GPW if enemy forces threatened to mistreat or mistreated U.S. or coalition forces captured during operations in Afghanistan, or if they denied Red Cross access or other POW privileges.
- The War Crimes Act could not be used against the enemy, although other criminal statutes and the customary law of war would still be available.

- Our position would likely provoke widespread condemnation among our allies and in some domestic quarters, even if we make clear that we will comply with the core humanitarian principles of the treaty as a matter of policy.
- Concluding that the Geneva Convention does not apply may encourage other countries to look for technical “loopholes” in future conflicts to conclude that they are not bound by GPW either.
- Other countries may be less inclined to turn over terrorists or provide legal assistance to us if we do not recognize a legal obligation to comply with the GPW.
- A determination that GPW does not apply to al Qaeda and the Taliban could undermine U.S. military culture which emphasizes maintaining the highest standards of conduct in combat, and could introduce an element of uncertainty in the status of adversaries.

Response to Arguments for Applying GPW to the al Qaeda and the Taliban

On balance, I believe that the arguments for reconsideration and reversal are unpersuasive.

- The argument that the U.S. has never determined that GPW did not apply is incorrect. In at least one case (Panama in 1989) the U.S. determined that GPW did not apply even though it determined for policy reasons to adhere to the convention. More importantly, as noted above, this is a new type of warfare—one not contemplated in 1949 when the GPW was framed—and requires a new approach in our actions towards captured terrorists. Indeed, as the statement quoted from the administration of President George Bush makes clear, the U.S. will apply GPW “whenever hostilities occur with regular foreign armed forces.” By its terms, therefore, the policy does not apply to a conflict with terrorists, or with irregular forces, like the Taliban, who are armed militants that oppressed and terrorized the people of Afghanistan.
- In response to the argument that we should decide to apply GPW to the Taliban in order to encourage other countries to treat captured U.S. military personnel in accordance with the GPW, it should be noted that your policy of providing humane treatment to enemy detainees gives us the credibility to insist on like treatment for our soldiers. Moreover, even if GPW is not applicable, we can still bring war crimes charges against anyone who mistreats U.S. personnel. Finally, I note that our adversaries in several recent conflicts have not been deterred by GPW in their mistreatment of captured U.S. personnel, and terrorists will not follow GPW rules in any event.
- The statement that other nations would criticize the U.S. because we have determined that GPW does not apply is undoubtedly true. It is even possible that some nations would point to that determination as a basis for failing to cooperate with us on specific matters in the war against terrorism. On the

other hand, some international and domestic criticism is already likely to flow from your previous decision not to treat the detainees as POWs. And we can facilitate cooperation with other nations by reassuring them that we fully support GPW where it is applicable and by acknowledging that in this conflict the U.S. continues to respect other recognized standards.

- In the treatment of detainees, the U.S. will continue to be constrained by (i) its commitment to treat the detainees humanely and, to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of GPW, (ii) its applicable treaty obligations, (iii) minimum standards of treatment universally recognized by the nations of the world, and (iv) applicable military regulations regarding the treatment of detainees.
- Similarly, the argument based on military culture fails to recognize that our military remain bound to apply the principles of GPW because that is what you have directed them to do.

ANNEXE F

U.S. Department of Justice
Office of Legal Counsel

Office of the
Deputy Assistant Attorney General

Washington, D.C. 20530

August 1, 2002

The Honorable Alberto R. Gonzales
Counsel to the President
The White House
Washington, D.C.

Dear Judge Gonzales:

You have requested the views of our Office concerning the legality, under international law, of interrogation methods to be used during the current war on terrorism. More specifically, you have asked whether interrogation methods used on captured al Qaeda operatives, which do not violate the prohibition on torture found in 18 U.S.C. § 2340–2340A, would either: a) violate our obligations under the Torture Convention,¹ or b) create the basis for a prosecution under the Rome Statute establishing the International Criminal Court (ICC).² We believe that interrogation methods that comply with § 2340 would not violate our international obligations under the Torture Convention, because of a specific understanding attached by the United States to its instrument of ratification. We also conclude that actions taken as part of the interrogation of al Qaeda operatives cannot fall within the jurisdiction of the ICC, although it would be impossible to control the actions of a rogue prosecutor or judge. This letter summarizes our views; a memorandum opinion will follow that will more fully explain our reasoning.

I.

Section 2340A makes it a criminal offense for any person “outside the United States [to] commit[] or attempt[] to commit torture.”³ The act of torture is defined as an:

act committed by a person acting under the color of law specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control.

18 U.S.C.A. § 2340(1); *see id.* § 2340A. Thus, to convict a defendant of torture, the prosecution must establish that: (1) the torture occurred outside the United States; (2) the defendant acted under the color of law; (3) the victim was within the defendant's custody or physical control; (4) the defendant specifically intended to cause severe physical or mental pain or suffering; and (5) that the act inflicted severe physical or mental pain or suffering. *See also* S. Exec. Rep. No. 101-30, at 6 (1990) ("For an act to be 'torture,' it must . . . cause severe pain and suffering, and be intended to cause severe pain and suffering."). As we have explained elsewhere, in order to violate the statute a defendant must have specific intention to inflict severe pain or suffering—in other words, "the infliction of such pain must be the defendant's precise objective." *See* Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, from: Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A* at 3 (August 1, 2002).

Section 2340 further defines "severe mental pain or suffering" as:

the prolonged mental harm caused by or resulting from—

(A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;

(B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;

(C) the threat of imminent death; or

(D) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.

18 U.S.C. § 2340(2). As we have explained, in order to inflict severe mental or suffering, a defendant both must commit one of the four predicate acts, such as threatening imminent death, and intend to cause "prolonged mental harm."

II.

You have asked whether interrogation methods used on al Qaeda operatives that comply with 18 U.S.C. §§ 2340-2340A nevertheless could violate the United States' obligations under the Torture Convention. The Torture Convention defines torture as:

any act by which *severe* pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any

kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.

Article 1(1) (emphasis added).

Despite the apparent differences in language between the Convention and § 2340, international law clearly could not hold the United States to an obligation different than that expressed in § 2340. When it acceded to the Convention, the United States attached to its instrument of ratification a clear understanding that defined torture in the exact terms used by § 2340. The first Bush administration submitted the following understanding of the treaty:

The United States understands that, in order to constitute torture, an act must be *specifically intended* to inflict severe physical or mental pain or suffering and that mental pain or suffering refers to prolonged mental pain caused by or resulting from (1) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; (2) administration or application, or threatened administration or application, of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (3) the threat of imminent death; or (4) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.

S. Exec. Rep. No. 101-30, at 36. The Senate approved the Convention based on this understanding, and the United States included the understanding in its instrument of ratification.⁴

This understanding accomplished two things. First, it made crystal clear that the intent requirement for torture was specific intent. By its terms, the Torture Convention might be read to require only general intent although we believe the better argument is that the Convention's use of the phrase "intentionally inflicted" also created a specific intent-type standard. Second, it added form and substance to the otherwise amorphous concept of *mental* pain or suffering. In so doing, this understanding ensured that mental torture would rise to a severity comparable to that required in the context of physical torture.

It is one of the core principles of international law that in treaty relations a nation is not bound without its consent. Under international law, a reservation made when ratifying a treaty validly alters or modifies the treaty obligation, subject to certain conditions that will be discussed below. Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (entered into force Jan. 27, 1980); 1 Restatement of the

Law (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 313 (1987).⁵ The right to enter reservations applies to multilateral international agreements just as in the more familiar context of bilateral agreements. *Id.* Under international law, therefore, the United States thus is bound only by the text of the Torture Convention as modified by the first Bush administration's understanding.⁶ As is obvious from its text, Congress codified the understanding almost verbatim when it enacted § 2340. The United States' obligation under the Torture Convention is thus identical to the standard set by § 2340. Conduct that does not violate the latter does not violate the former. Put another way, so long as the interrogation methods do not violate § 2340, they also do not violate our international obligations under the Torture Convention.

Although the Vienna Convention on Treaties recognizes several exceptions to the right to make reservations, none of them apply here.⁷ First, a reservation is valid and effective unless it purports to defeat the object and purpose of the treaty. Vienna Convention, art. 19. Our initial research indicates that international law has provided little guidance regarding the meaning of the "object and purpose" test. Nonetheless, it is clear that here the United States had not defeated the object and purpose of the Torture Convention. The United States nowhere reserved the right to conduct torture; in fact, it enacted Section 2340 to expand the prohibition on torture in its domestic criminal law. Rather than defeat the object of the Torture Convention, the United States simply accepted its prohibition and attempted, through the Bush administration's understanding, to make clear the scope and meaning of the treaty's obligations.

Second, a treaty reservation will not be valid if the treaty itself prohibits states from taking reservations. The Torture Convention nowhere prohibits state parties from entering reservations. To be sure, two provisions of the Torture Convention—the competence of the Committee Against Torture, art. 28, and the mandatory jurisdiction of the International Court of Justice, art. 30—specifically note that nations may take reservations from their terms. Nonetheless, the Convention contains no provision that explicitly attempts to preclude states from exercising their basic right under international law to enter reservations to other provisions. Without such a provision, we do not believe that the Torture Convention precludes reservations.

Third, in regard to multilateral agreements, a treaty reservation may not be valid if it is objected to in a timely manner by other states. Vienna Convention art. 20. If another state does not object within a certain period of time, it is deemed to have acquiesced in the reservation. Even if, however, another nation objects, that only means that the provision of the treaty to which the reservation applies is not in force between the two nations—unless the objecting nation opposes entry into force of the treaty as a whole between the two nations. *Id.* art. 21(3). Here, no nation appears to have objected to the United States' further definition of torture. Only one nation, Germany, appears to have commented on the United States' reservations, and even Germany did not oppose any U.S. reservation outright.

Thus, we conclude that the Bush administration's understanding created a valid

and effective reservation to the Torture Convention. Even if it were otherwise, there is no international court to review the conduct of the United States under the Convention. In an additional reservation, the United States refused to accept the jurisdiction of the ICJ (which, in any event, could hear only a case brought by another state, not by an individual) to adjudicate cases under the Convention. Although the Convention creates a Committee to monitor compliance, it can only conduct studies and has no enforcement powers.

III.

You have also asked whether interrogations of al Qaeda operatives could be subject to criminal investigation and prosecution by the ICC. We believe that the ICC cannot take action based on such interrogations.

First, as noted earlier, one of the most established principles of international law is that a state cannot be bound by treaties to which it has not consented. Although President Clinton signed the Rome Statute, the United States has withdrawn its signature from the agreement before submitting it to the Senate for advice and consent—effectively terminating it. The United States, therefore, cannot be bound by the provisions of the ICC Treaty nor can U.S. nationals be subject to ICC prosecution. We acknowledge, however, that the binding nature of the ICC treaty on non-parties is a complicated issue and do not attempt to definitively answer it here.

Second, even if the ICC could in some way act upon the United States and its citizens, interrogation of an al Qaeda operative could not constitute a crime under the Rome Statute. Even if certain interrogation methods being contemplated amounted to torture (and we have no facts that indicate that they would), the Rome Statute makes torture a crime subject to the ICC's jurisdiction in only two contexts. Under article 7 of the Rome Statute, torture may fall under the ICC's jurisdiction as a crime against humanity if it is committed as "part of a widespread and systematic attack directed against any civilian population." Here, however, the interrogation of al Qaeda operatives is not occurring as part of such an attack. The United States' campaign against al Qaeda is an attack on a non-state terrorist organization, not a civilian population. If anything, the interrogations are taking place to elicit information that could prevent attacks on civilian populations.

Under article 8 of the Rome statute, torture can fall within the ICC's jurisdiction as a war crime. In order to constitute a war crime, torture must be committed against "persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Conventions." Rome Statute, art. 8. On February 27, 2002, the President determined that neither members of the al Qaeda terrorist network nor Taliban soldiers were entitled to the legal status of prisoners of war under the Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 6 U.S.T. 3517 ("GPW"). As we have explained elsewhere, members

of al Qaeda cannot receive the protections accorded to POWs under GPW because al Qaeda is a non-state terrorist organization that has not signed the Conventions. Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President and William J. Haynes, II, General Counsel, Department of Defense, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees* at 8 (Jan. 22, 2002). The President has appropriately determined that al Qaeda members are not POWs under the GPW, but rather are illegal combatants, who are not entitled to the protections of any of the Geneva Conventions. Interrogation of al Qaeda members, therefore, cannot constitute a war crime because article 8 of the Rome Statute applies only to those protected by the Geneva Conventions.

We cannot guarantee, however, that the ICC would decline to investigate and prosecute interrogations of al Qaeda members. By the terms of the Rome Statute, the ICC is not checked by any other international body, not to mention any democratically-elected or accountable one. Indeed, recent events indicate that some nations even believe that the ICC is not subject to the authority of the United Nations Security Council. It is possible that an ICC official would ignore the clear limitations imposed by the Rome Statute, or at least disagree with the President's interpretation of GPW. Of course, the problem of the "rogue prosecutor" is not limited to questions about the interrogation of al Qaeda operatives, but is a potential risk for any number of actions that have been undertaken during the Afghanistan campaign, such as the collateral loss of civilian life in the bombing of legitimate military targets. Our Office can only provide the best reading of international law on the merits. We cannot predict the political actions of international institutions.

Please let us know if we can be of further assistance.

Sincerely,

[signed]

John C. Yoo
Deputy Assistant Attorney General

NOTES

1. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted Dec. 10, 1984, S. Treaty Doc. No. 100-20 (1988), 1465 U.N.T.S. 85 (entered into force June 26, 1987)

2 U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998), reprinted in 37 I.L.M. 999 (1998) [hereinafter ICC Statute].

3. If convicted of torture, a defendant faces a fine or up to twenty years' imprisonment or

both. If, however, the act resulted in the victim's death, a defendant may be sentenced to life imprisonment or to death. *See* 18 U.S.C.A. § 2340A(a). Whether death results from the act also affects the applicable statute of limitations. Where death does not result, the statute of limitations is eight years; if death results, there is no statute of limitations. *See* 18 U.S.C.A. § 3286(b) (West Supp. 2002); *id.* § 2332b(g)(5)(B) (West Supp. 2002). Section 2340A as originally enacted did not provide for the death penalty as a punishment. *See* Omnibus Crime Bill, Pub. L. No. 103-322, Title VI, Section 60020, 108 Stat. 1979 (1994) (amending section 2340A to provide for the death penalty); H. R. Conf. Rep. No. 103-711, at 388 (1994) (noting that the act added the death penalty as a penalty for torture).

Most recently, the USA Patriot Act, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001), amended section 2340A to expressly codify the offense of conspiracy to commit torture. Congress enacted this amendment as part of a broader effort to ensure that individuals engaged in the planning of terrorist activities could be prosecuted irrespective of where the activities took place. *See* H. R. Rep. No. 107-236, at 70 (2001) (discussing the addition of "conspiracy" as a separate offense for a variety of "Federal terrorism offense[s]").

4. *See* http://www.un.org/Depts/Treaty/final/ts2/newfiles/part_boo/iv_boo/iv_9.html.

5. Although, under domestic law, the Bush administration's definition of torture was categorized as an "understanding," it was deposited with the instrument of ratification as a condition of the United States' ratification, and so under international law we consider it to be a reservation if it indeed modifies the Torture Convention standard. *See* Restatement (Third) at § 313 cmt. g.

6. Further, if we are correct in our suggestion that the Torture Convention itself creates a heightened intent standard, then the understanding attached by the Bush Administration is less a modification of the Convention's obligations and more of an explanation of how the United States would implement its somewhat ambiguous terms.

7. It should be noted that the United States is not a signatory to the Vienna Convention, although it has said that it considers some of its provisions to be customary international law.

ANNEXE G
UNCLASSIFIED

- C.
- P.



GENERAL COUNSEL OF THE DEPARTMENT OF DEFENSE
1600 DEFENSE PENTAGON
WASHINGTON, D. C. 20301-1600

707 DEC -2 AM 11: 03

ACTION MEMO

November 27, 2002 (1:00 PM)

GENERAL COUNSEL

OFFICE OF THE
SECRETARY OF DEFENSE

DEPSEC _____

FOR: SECRETARY OF DEFENSE

FROM: William J. Haynes II, General Counsel *(Signature)*

SUBJECT: Counter-Resistance Techniques

- The Commander of USSOUTHCOM has forwarded a request by the Commander of Joint Task Force 170 (now JTF GTMO) for approval of counter-resistance techniques to aid in the interrogation of detainees at Guantanamo Bay (Tab A).
- The request contains three categories of counter-resistance techniques, with the first category the least aggressive and the third category the most aggressive (Tab B).
- I have discussed this with the Deputy, Doug Feith and General Myers. I believe that all join in my recommendation that, as a matter of policy, you authorize the Commander of USSOUTHCOM to employ, in his discretion, only Categories I and II and the fourth technique listed in Category III ("Use of mild, non-injurious physical contact such as grabbing, poking in the chest with the finger, and light pushing").
- While all Category III techniques may be legally available, we believe that, as a matter of policy, a blanket approval of Category III techniques is not warranted at this time. Our Armed Forces are trained to a standard of interrogation that reflects a tradition of restraint.

RECOMMENDATION: That SECDEF approve the USSOUTHCOM Commander's use of those counter-resistance techniques listed in Categories I and II and the fourth technique listed in Category III during the interrogation of detainees at Guantanamo Bay.

SECDEF DECISION

Approved *(Signature)* Disapproved _____ Other _____

Attachments
As stated

cc: CJCS, USD(P)

*However, I stand for 8-10 hours
A day. Why is stand, limited to 4 hours?*

D.A. DEC 0 2 2002

UNCLASSIFIED

Page 1 of 2
X6403000

ANNEXE H

SECRETARY OF DEFENSE
1000 DEFENSE PENTAGON
WASHINGTON, DC 20301-1000
JAN 15 2003

MEMORANDUM FOR COMMANDER USSOUTHCOM

SUBJECT: Counter-Resistance Techniques (U)

(U) My December 2, 2002, approval of the use of all Category II techniques and one Category III technique during interrogations at Guantanamo is hereby rescinded. Should you determine that particular techniques in either of these categories are warranted in an individual case, you should forward that request to me. Such a request should include a thorough justification for the employment of those techniques and a detailed plan for the use of such techniques.

(U) In all interrogations, you should continue the humane treatment of detainees, regardless of the type of interrogation technique employed.

(U) Attached is a memo to the General Counsel setting in motion a study to be completed within 15 days. After my review, I will provide further guidance.

Classified by: Secretary Rumsfeld
Reason: 1.5(c)
Declassify on: 10 years

Declassify Under the Authority of Executive Order 12958
By Executive Secretary, Office of the Secretary of Defense
By William P. Marriott, CAPT, USN
June 21, 2004

[Signed Donald Rumsfeld]

UNCLASSIFIED
~~SECRET/NOFORN~~

TABLE DE BIBLIOGRAPHIE

I – Le débat sur la définition du terrorisme et sur le recours à la torture	132
I.1 – Monographies	132
I.2 – Articles scientifiques.....	132
I.3 – Articles de presse	133
I.4 – Discours, rapports et documents officiels.....	134
I.5 – Sites Internet	134
II – Les législations américaines et internationales sur la torture	134
II.1 – Discours et documents officiels.....	134
II.2 – Sites Internet	136
III – Les architectes de la redéfinition de la torture.....	136
III.1 – Monographies.....	136
III.2 – Articles scientifiques	136
III.3 – Articles de presse	137
III.4 – Sites Internet.....	138
IV – La réinterprétation des Conventions de Genève et le statut des prisonniers..	139
IV.1 – Monographies.....	139
IV.2 – Articles scientifiques.....	140
IV.3 – Articles de presse	140
IV.4 – Discours et documents officiels	141
IV.5 – Sites Internet	143
V – La redéfinition de la torture.	143
V.1 – Monographies.....	143
V.2 – Articles scientifiques	144
V.3 – Articles de presse	144
V.4 – Documents officiels.....	144
V.5 – Sites Internet.....	144
VI – Les perceptions et le processus décisionnel en politique étrangère	145
VI.1 – Monographies.....	145
VI.2 – Articles scientifiques.....	145
VI.3 – Sites Internet	146
VII – Les luttes bureaucratiques, la théorie des conseillers et le style présidentiel.	146
VII.1 – Monographies	146
VII.2 – Chapitres de livres	147
VII.3 – Articles scientifiques	147
VII.4 – Articles de presse.....	148
VII.5 – Rapports et documents officiels.....	148

BIBLIOGRAPHIE

I – Le débat sur la définition du terrorisme et sur le recours à la torture

I.1 – Monographies

Ackerman, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven (CT): Yale University Press, 2006.

Becker, L. C. et C. B. Becker (ed.). *Encyclopedia of Ethics*, New York: Routledge, 2001.

Dershowitz, Alan. *Why Terrorism Works*, New Haven: Yale University Press, 2002.

Ignatieff, Michael. *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Edimbourg: Edinburgh University Press, 2004.

Margulies, Joseph. *Guantanamo and the Abuse of Presidential Power*, New York : Simon and Schuster, 2006.

Mossallanejed, Ezat. *Torture in the Age of Fear*, Hamilton, ON: Seraphim Editions, 2005.

Rajiva, Lila. *The Language of Empire: Abu Ghraib and the American Media*, New York: Monthly Review Press, 2005.

Renshon, Stanley A. et Peter Suedfeld (éd.). *Understanding the Bush Doctrine : Psychology and Strategy in an Age of Terrorism*, New York : Routledge, 2007.

Robin, Corey. *Arguing About War*, New Haven: Yale University Press, 2005.

Walzer, Michael. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, 2^e édition, New York: Basic Books, 1992.

I.2 – Articles scientifiques

Allhoff, Fritz. « Terrorism and Torture ». In Shanahan, Timothy. *Philosophy 9/11: Thinking about the War on Terrorism*, Chicago IL: Open Court, 2005.

Bellamy, Alex J. «No Pain, No Gain? Torture and Ethics in the War on Terror», *International Affairs*, Vol. 82, No. 1, 2006.

Cole, David. « The Poverty of Posner's Pragmatism : Balancing Away Liberty After 9/11 », *Stanford Law Review*, Vol. 59, No. 6, pp. 1735-1751.

Frederking, Brian, Michael Artime et Max Sanchez Pagano. « Interpreting September 11 », *International Politics*, No. 42, 2005, p. 135-151.

Holmes, Stephen. « Is Defiance of Law a Proof of Success ? Magical Thinking in the War on Terror ». In Karen J. Greenberg (éd.), *The Torture Debate in America*, Cambridge : Cambridge University Press, 2006, pp. 118-135.

Taft IV, William H. « War Not Crime ». In Greenberg, Karen J. (éd.). *The Torture Debate in America*, New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 224-225.

I.3 – Articles de presse

Aletr, Jonathan. « Time to Think About Torture », *Newsweek*, 5 novembre 2001.

Cole, David. « In Case of Emergency », *The New York Review of Books*, 13 juillet 2006, pp. 40-43.

Levin, Michael. « The Case for Torture », *Newsweek*, 7 juin 1982.

Norton-Taylor, Richard. « Al-Qaïda 'Planted Information to Encourage Invasion' », *The Guardian*, 17 novembre 2006. Disponible [en ligne] : <http://www.guardian.co.uk/world/2006/nov/17/iraq.usa> (consultée le 2 avril 2008).

Priest, Dana et Barbara Gellman. « U.S. Decries Abuse but Defends Interrogations; 'Stress and Duress' Tactics Used on Terrorism Suspects Held in Secret Overseas Facilities », *Washington Post*, 26 décembre, 2002, p.A1.

Priest, Dana et Joseph Stephens. « Secret World of U.S Interrogation », *Washington Post*, 11 mai 2004, p.A1.

Priest, Dana. « Al Qaeda-Iraq Link Recanted : Captured Libyan Reverses Previous Statement to CIA, Officials Say », *The Washington Post*, 1^{er} août 2004, p.A20.

Raban, Jonathan. « The Prisoners Speak », *The New York Review of Books*, 5 octobre 2006, pp. 25-28.

Yoo, John. « Commentary : Behind the 'Torture Memos' », UC Berkeley News : Point of View, 4 janvier 2005. Disponible [en ligne] : http://www.berkeley.edu/news/media/releases/2005/01/05_johnyoo.shtml (consultée le 2 avril 2008).

I.4 – Discours, rapports et documents officiels

Bush, George W. *To authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States*, Public Law 107-40, 107^e Congrès, 1^{ère} session, 14 septembre 2001.

_____. *Address to a Joint Session of Congress and to the American People*, 20 septembre 2001. Disponible [en ligne]: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html> (consultée le 10 décembre 2007).

« The Torture Question. Interview With John Yoo », *Frontline*, PBS, 18 octobre 2005. Disponible [en ligne]: <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/torture/interviews/yoo.html> (consultée le 18 février 2008).

I.5 – Sites Internet

Comité international de la Croix-Rouge, <http://www.icrc.org/dih.nsf/CONVPRES?OpenView> (consulté le 25 janvier 2007).

Human Rights Watch. « Rapport annuel 2006 de HRW: Human Rights Watch dénonce les abus de la « guerre contre le terrorisme », 18 janvier 2006. Disponible [en ligne]: <http://www.aidh.org/ONG/hrw-rapp06.htm#1> (consultée le 8 mars 2008).

SourceWatch. Disponible [en ligne]: http://www.sourcewatch.org/index.php?title=William_Howard_Taft_IV (consultée le 1^{er} mars 2008).

II – Les législations américaines et internationales sur la torture

II.1 – Discours et documents officiels

Black, Cofer. Témoignage devant le Comité de la Chambre des Représentants et du Sénat sur le renseignement, « Investigation sur le 11 septembre », 5^e audience publique, 26 septembre 2002. Disponible [en ligne]: http://www.fas.org/irp/congress/2002_hr/index.html#joint5 (consultée le 4 janvier 2008).

106^e Congrès des États-Unis. *Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000*, Public Law 106-523, 22 novembre 2000. Disponible [en ligne]: <http://www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf> (consultée le 4 janvier 2008).

Organisation des Nations Unies. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, résolution 217 A (III), 10 décembre 1948. Disponible [en ligne] : <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm#3> (consultée le 8 mars 2008).

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. *Convention de Genève relative aux prisonniers de guerre*, 12 août 1949. Disponible [en ligne] : http://www2.ohchr.org/french/law/convention_geneve.htm (consultée le 4 janvier 2008).

_____. *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949. Disponible [en ligne] : http://www2.ohchr.org/french/law/personnes_civiles.htm (consultée le 4 janvier 2008).

_____. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Résolution 39/46, 10 décembre 1984. Disponible [en ligne] : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.105.fr.pdf> (consultée le 4 janvier 2008).

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

_____. *Minimum standard des Nations Unies pour le traitement des prisonniers*, résolution 663C (XXIV), 31 juillet 1957 et 2076 (LXII), 13 mai 1977.

_____. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, résolution 39/46, 10 décembre 2004. Réserves faites par les États-Unis d'Amérique disponibles [en ligne] : <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/73c66f02499582e7c1256ab7002e2533/5d7ce66547377b1f802567fd0056b533?OpenDocument> (consultée le 16 février 2008).

Cour pénale internationale. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A/CONF.183/9, 17 juillet 1998 amendé par les procès-verbaux en date des 10 novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002.

U.S. Code. *Federal Anti-Torture Statute*, loi fédérale 18 U.S.C. § Section 2340A, 1994. Disponible [en ligne] : <http://uscode.house.gov/download/pls/18C113C.txt> (consultée le 4 janvier 2008).

_____. *War Crimes Act*, loi fédérale 18 U.S.C. § Section 2441, 1996. Disponible [en ligne] : <http://uscode.house.gov/download/pls/18C113C.txt> (consultée le 4 janvier 2008).

II.2 – Sites Internet

National Constitution Center. Disponible [en ligne] : <http://www.constitutioncenter.org/explore/TheU.S.Constitution/index.shtml#Amendments> (consultée le 3 janvier 2008).

III – Les architectes de la redéfinition de la torture

III.1 – Monographies

Baker, Nancy V. *General Ashcroft: Attorney at War*, Lawrence: University Press of Kansas, 2006.

Bell, Griffin B. et Ronald J. Ostrow. *Taking Care of the Law*, Macon, GA: Mercer University Press, 1986.

David, Charles-Philippe, Louis Balthazar et Justin Vaïsse. *La politique étrangère des États-Unis : fondements, acteurs, formulation*, Paris : Presses de Sciences po, 2003.

Davis, James. *The American Presidency*, Westport : Praeger, 1995.

Goldsmith, Jack. *The Terror Presidency: Law and Judgement Inside de Bush Administration*, New York: W.W. Norton & Company, 2007.

Kmiec, Douglas W. *The Attorney General's Lawyer : Inside the Meese Justice Department*, New York : Praeger, 1992.

Suskind, Ron. *La guerre selon Bush : comment l'Amérique traque le terrorisme islamiste depuis le 11 septembre*, traduction par Frank Straschitz et Henri Marcel, Paris : Plon, 2007.

III.2 – Articles scientifiques

Bassiouini, M. Cherif. « The Institutionalization of Torture Under the Bush Administration », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, No. 389, 2005.

Bergen, Jennifer. « The Unitary Executive : Is the Doctrine Behind the Bush Presidency Consistent with a Democratic State ? », *FindLaw*, 9 janvier 2006. Disponible [en ligne] : http://writ.news.findlaw.com/commentary/20060109_bergen.html (consultée le 25 février 2008).

Bilder, Richard B. « The Office of the Legal Adviser: The State Department Lawyer and Foreign Affairs », *The American Journal of International Law*, Vol. 56, No. 3, Juillet 1962, pp. 633-684.

Borrelli, Maryanne, Karen Hult et Nancy Kassop. « The White House Counsel's Office », *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 31, No. 4, Décembre 2001.

Gray, Boyden C. « Interview by Martha Joynt Kumar with Nancy Kassop », *White House Interview Program*, Washington, D.C., 4 octobre 1999.

Johnsen, Dawn E. « Faithfully Executing the Laws : Internal Legal Constraints on Executive Power », *UCLA Law Review*, No. 54, 2007.

Michelot, Vincent. « La Cour suprême des États-Unis durant la présidence de George W. Bush. Un nouvel équilibre des pouvoirs ? », *Vingtième siècle*, 2008/1, N° 97, p. 117-129. Disponible [en ligne] : http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=VING&ID_NUMPUBLIE=VIN097&ID_ARTICLE=VING_097_0117 (consultée le 25 février 2008).

Pious, Richard M. « Inherent War and Executive Powers and Prerogative Politics », *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 37, No. 1, 2007.

Rabkin, Jeremy. « At the President's Side: The Role of the White House Counsel in Constitutional Policy », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 56, No. 4, Automne 1993.

Sans auteur. « United States : The Other President », *The Economist*, Vol. 372, No. 8391, 4 septembre 2004.

Young, Michael K. « The Role of the Attorney-Adviser in the U.S. Department of State: Institutional Arrangements and Structural Imperatives », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 61, No. 2, printemps 1998, pp. 133-153.

III.3 – Articles de presse

Barry, John, Michael Hirsh et Michael Isikoff. « The Roots of Torture », *Newsweek*, 24 mai 2004.

Cole, David. « The Man Behind Torture », *The New York Review of Books*, 6 décembre 2007.

Jehl, Douglas. « Profile : David Addington. Cheney's New Top Aide Called a Force of Nature », *San Francisco Chronicle*, 2 novembre 2005, p.A18.

Lewis, Neil A. « Bush Drops Plans to Renominate 3 Judges », *The New York Times*, 10 janvier 2007. Disponible [en ligne]: <http://www.nytimes.com/2007/01/10/washington/10judges.html> (consultée le 15 décembre 2007).

Mayer, Jane. « Annals of the Pentagon : The Memo », *The New Yorker*, 27 février 2006, p. 1. Disponible [en ligne]: http://www.newyorker.com/archive/2006/02/27/060227fa_fact (consultée le 26 février 2008).

_____. « The Hidden Power : The Legal Mind Behind the White House's War on Terror », *The New Yorker*, 3 juillet 2006.

Milbank, Dana. « In Cheney's Shadow, Counsel Pushes the Conservative Cause », *The Washington Post*, 11 octobre 2004, p.A21.

Myers, Steven Lee. « Embattled Attorney General Resigns », *The New York Times*, 27 août 2007. Disponible [en ligne]: http://www.nytimes.com/2007/08/27/washington/27cnd-gonzales.html?_r=1&adxnnl=1&adxnnlx=1197907394+PX4m+m5Sr0SIwzF3a4IvQ&oref=slogin (consultée le 15 décembre 2007).

_____. « Bush Vetoes Bill That Would Limit Interrogations », *The New York Times*, 8 mars 2008. Disponible [en ligne]: <http://www.nytimes.com/2008/03/08/washington/08cnd-policy.html> (consultée le 29 avril 2008).

Ragavan, Chitra. « Cheney's Guy », *U.S. News*, 21 mai 2006, p. 2. Disponible [en ligne]: http://www.usnews.com/usnews/news/articles/060529/29addington_print.htm (consultée le 22 février 2008).

III.4 – Sites Internet

Bureau du Conseil juridique. *Homepage*. Disponible [en ligne]: <http://www.usdoj.gov/olc/> (consultée le 1^{er} janvier 2008).

CBC News. The Fifth Estate. « The Unauthorized Biography of Dick Cheney ». Disponible [en ligne]: <http://www.cbc.ca/fifth/dickcheney/index.html> (consultée le 25 février 2008).

Center for Constitutional Rights. « German War Crimes Complaint Against Donald Rumsfeld, et al. ». Disponible [en ligne]: <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/german-war-crimes-complaint-against-donald-rumsfeld,-et-al> (consulté le 15 décembre 2007).

Goldsmith, Jack. « The Office of Legal Counsel », Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/chenev/themes/olc.html> (consultée le 25 février 2008).

_____. « David Addington : Cheney's Powerful, One-Man Legal Office ». Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/chenev/themes/addington.html> (consultée le 25 février 2008).

Mayer, Jane. « David Addington : Cheney's Powerful, One-Man Legal Office ». Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/chenev/themes/addington.html> (consultée le 25 février 2008).

Savage, Charlie. « The Office of Legal Counsel », Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/chenev/themes/olc.html> (consultée le 25 février 2008).

_____. « Cheney's View of the World », Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/chenev/themes/chenevview.html> (consultée le 25 février 2008).

Suskind, Ron. « David Addington : Cheney's Powerful, One-Man Legal Office ». Entrevue accordée à PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/chenev/themes/addington.html> (consultée le 25 février 2008).

IV – La réinterprétation des Conventions de Genève et le statut des prisonniers

IV.1 – Monographies

Hoffman, Bruce. *Inside Terrorism*, London : St. Andrews, 1998.

Laqueur, Walter. *The New Terrorism : Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, Londres : Oxford, 1999.

Greenberg, Karen J. et Joshua L. Dratel. *The Torture Papers: the Road to Abu Ghraib*, New York: Cambridge University Press, 2005.

IV.2 – Articles scientifiques

Copeland, Thomas. « Is the 'New Terrorism' Really New ? An Analysis of the New Paradigm for Terrorism », *The Journal of Conflict Studies*, Vol. XXI, No. 2, hiver 2001.

Pfiffner, James P. « The Contemporary Presidency. Constraining Executive Power : George W. Bush and the Constitution », *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 38, No. 1, mars 2007.

Roy, Olivier. « Afghanistan : les raisons d'un conflit interminable », *Cultures & Conflits*, No. 1, 1990, pp. 13-23.

Schütte, Robert. « La sécurité humaine et l'État fragile », *Revue de la Sécurité Humaine*, février 2007.

The Fund for Peace and Foreign Policy Magazine. « The Failed States Index 2007 », *Foreign Policy*, Juillet-août 2007. Disponible [en ligne] : http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=3865 (consultée le 6 mars 2008).

Wilkinson, Paul. « Terrorism : Motivations and Causes », Canadian Security Intelligence Service, janvier 1995, pp. 4-5. Disponible [en ligne] : <http://www.csis-scrs.gc.ca/eng/comment/com53e.html> (consultée le 8 mars 2008).

IV.3 – Articles de presse

Dewing, Michael. Bibliothèque du Parlement canadien – Service d'information et de recherches parlementaires. « Afghanistan : Histoire et système de gouvernement », 9 octobre 2007. Disponible [en ligne] : <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0716-f.htm> (consultée le 6 mars 2008).

Golden, Tim. « After Terror, a Secret Rewriting of Military Law », *The New York Times*, 24 octobre 2004, p. 8. Disponible [en ligne] : http://www.nytimes.com/2004/10/24/international/worldspecial2/24gitmo.html?_r=1&pagewanted=2&oref=slogin (consultée le 25 février 2008).

USA Today. « A Look at the Taliban », 30 septembre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.usatoday.com/news/world/2001/thetaliban.htm> (consultée le 8 mars 2008).

Sans auteur. « The Torture Sessions », *The New York Times*, 20 avril 2008. Disponible [en ligne] :

<http://www.nytimes.com/2008/04/20/opinion/20sun1.html?pagewanted=print>
(consultée le 21 avril 2008).

IV.4 – Discours et documents officiels

Bush, George W. *Declaration of National Emergency by Reason Of Certain Terrorist Attacks*, Presidential Proclamation, 14 septembre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010914-4.html>
(consultée le 2 mars 2008).

_____. *Presidential Address to the Nation*, 7 octobre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/10/20011007-8.html>
(consultée le 2 mars 2008).

_____. *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Presidential Military Order, 13 novembre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>
(consultée le 2 mars 2008).

_____. *Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees*, Memorandum for the Vice-President, the Secretary of State, the Secretary of Defense, the Attorney General, Chief of Staff to the President, Director of Central Intelligence, Assistant to the President for National Security Affairs, Chairman of the Joint Chiefs of Staff, 7 février 2002.

Bybee, Jay S. *Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees*, Memorandum for Alberto Gonzales Counsel to the President, and William J. Haynes II General Counsel of the Department of Defense, 22 janvier 2002.

_____. *Status of Taliban Forces Under Article 4 of the Third Geneva Convention of 1949*, Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, 7 février 2002.

Comité international de la Croix-Rouge. *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Article premier, La Haye, 18 octobre 1907. Disponible [en ligne] : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/195> (consultée le 6 mars 2008).

Conseil de sécurité des Nations Unies (4251^e séance). *Résolution 1333*, 19 décembre 2000. Disponible [en ligne] : <http://www.un.org/french/docs/sc/2000/res1333f.pdf> (consultée le 8 mars 2008).

Gonzales, Alberto R. *Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict With Al Qaeda and the Taliban*, Memorandum for the President, 25 janvier 2002.

Levin, Daniel. *Legal Standards Applicable Under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A. Memorandum Opinion for the Deputy Attorney General*, 30 décembre 2004. Disponible [en ligne] : <http://www.usdoj.gov/olc/18usc23402340a2.htm> (consultée le 14 avril 2008).

Office of Legal Counsel. *Authority to Use United States Military Forces in Somalia*, Op. 16, 1992.

_____. *Proposed Deployment of United States Armed Forces in Bosnia and Herzegovina*, Op. 19-327, 1995.

Philbin, Patrick F. et John C. Yoo. *Possible Habeas Jurisdiction over Aliens Held in Guantanamo Bay, Cuba*, Memorandum for William J. Haynes II, Office of Legal Counsel, 28 décembre 2001.

Powell, Colin L. *Draft Decision Memorandum for the President on the Applicability of the Geneva Convention to the Conflict in Afghanistan*, 26 janvier 2002.

Rumsfeld, Donald. *Secretary Rumsfeld Media Availability on Route to Moscow*, 2 novembre 2001. Disponible [en ligne] : <http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2001/11/mil-011103-usia01.htm> (consultée le 6 mars 2008).

Taft IV, William H. *Comments on Your Paper on the Geneva Convention*, Memorandum to the Counsel to the President, 2 février 2002.

The White House. *The National Security Strategy of the United States of America*, 17 septembre 2002, p. 15. Disponible [en ligne] : <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html> (consultée le 28 mars 2008).

Yoo, John et Robert J. Delahunty. *Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees*, Memorandum for William J. Haynes II, Office of Legal Counsel, 9 janvier 2002.

80^e Congrès des États-Unis. *National Security Act*, Public Law 235-61 Stat. 496 ; USC 402, 1947. Disponible [en ligne] : http://www.intelligence.gov/0-natsecact_1947.shtml (consultée le 1^{er} mars 2008).

93^e Congrès des États-Unis. *War Powers Act*, Section 2 (c), Public Law 93-148, 1973.

107^e Congrès des États-Unis. *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 107-40, 115 Stat. 224, 14 Septembre 2001.

IV.5 – Sites Internet

Association Thucydide. « L'Afghanistan depuis le VI^e siècle av. J.C. ». Disponible [en ligne] : <http://www.thucydide.com/realisations/utiliser/chronos/afghanistan.htm> (consultée le 6 mars 2008).

Berenson, Bradford. « The Torture Question », entrevue accordée à Frontline, PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/torture/interviews/berenson.html> (consultée le 25 mars 2008).

National Constitution Center. *The Text of the Constitution, Amendment IV* (Ratified December 15, 1791). Disponible [en ligne] : http://www.constitutioncenter.org/constitution/details_explanation.php?link=132&const=11_amd_04 (consultée le 27 mars 2008).

The Fund for Peace. « Afghanistan ». Disponible [en ligne] : http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=253&Itemid=395 (consultée le 8 mars 2008).

Suskind, Ron. « The Untold Story of al-Qaeda's Plot to Attack the Subway », *Time Magazine*, 19 juin 2006. Disponible [en ligne] : <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1205478,00.html> (consultée le 25 mars 2008).

V – La redéfinition de la torture

V.1 - Monographies

Strasser, Steven. *The Abu Ghraib Investigations: The Official Reports of the INDEPENDENT PANEL and the PENTAGON on the Shocking Prisoner Abuse in Iraq*, New York: Public Affairs, 2004.

Yoo, John. *War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror*, New York: Atlantic Monthly Press, 2006.

V.2 – Articles scientifiques

Luban, David. « Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb ». Chap. in Karen J. Greenberg (éd.), pp. 35-83.

V.3 – Articles de presse

Mark Danner. « We Are All Torturers Now », *The New York Times*, 6 janvier 2005. Disponible [en ligne] : http://www.nytimes.com/2005/01/06/opinion/06danner.html?_r=1&pagewanted=print&position=&oref=slogin (consultée le 21 avril 2008).

Priest, Dana et Jeffrey R. Smith. « Memo Offered Justification for Use of Torture », *The Washington Post*, 8 juin 2004, p.A1.

Sans auteur. « Palace Revolt », *Newsweek*, 19 octobre 2007.

V.4 – Documents officiels

Bybee, Jay S. *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. § 2340-2340A*, Memorandum pour Alberto Gonzales, 1^{er} août 2002.

Rumsfeld, Donald. *Counter-Resistance Techniques*, Mémorandum pour le Commandant USSOUTHCOM, 15 janvier 2003.

U.S. Department of the Army. *FM 34-52. Intelligence Interrogation*, 8 mai 1987. Disponible [en ligne] : <http://www.globalsecurity.org/intell/library/policy/army/fm/fm34-52/> (consultée le 17 mars 2008).

Yoo, John. *Letter regarding 'the views of our Office concerning the legality, under international law, of interrogation methods to be used on captured al Qaeda operatives'*, Mémorandum adressé à Alberto Gonzales, 1^{er} août 2002.

V.5 – Sites Internet

Cloonan, Jack. « The Torture Question », entrevue accordée à Frontline, PBS. Disponible [en ligne] : <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/torture/view/> (consultée le 24 mars 2008).

Democracy Now ! « Colin Powell's Former Chief of Staff Col. Wilkerson on Prewar Intel, Torture and How a White House 'Cabal' Hijacked U.S. Foreign Policy », entrevue accordée le 22 novembre 2005. Disponible [en ligne] :

http://www.democracynow.org/2005/11/22/colin_powells_former_chief_of_staff (consultée le 21 avril 2008).

Human Rights Watch. *Table of Interrogation Techniques Recommended/Approved by U.S. Officials*. Disponible [en ligne] : <http://www.hrw.org/backgrounder/usa/0819interrogation.htm> (consultée le 18 mars 2008).

VI – Les perceptions et le processus décisionnel en politique étrangère

VI.1 – Monographies

David, Charles-Philippe. *Au sein de la Maison-Blanche : La formulation de la politique étrangère des États-Unis*, 2^e édition, Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 2004.

George, Alexander L. *Presidential Decisionmaking in Foreign Policy : The Effective Use of Information and Advice*, Boulder : Westview Press, 1980.

Hart, Paul 't. *Groupthink in Government. A Study of Small Groups and Policy Failure*, Amsterdam : Swets & Zeitlinger, 1990.

Janis, Irving L. *Victims of Groupthink : A Psychology Study of Foreign-Policy Decisions and Fiascoes*, Boston : Houghton Mifflin Company, 1972.

Rosati, Jerel A. *The Politics of United States Foreign Policy*, 3^e édition, Toronto : Thomson/Wasworth, 2004.

Sun-tzu. *The Art of War*, traduction et édition par John Minford, New York : Penguin Books, 2002.

VI.2 – Articles scientifiques

George, Alexander L. « The 'Operational Code' : A Neglected Approach to the Study of Political Leaders and Decision-Making », *International Studies Quarterly*, Vol. 13, No. 2, Juin 1969.

Holsti, Ole R. « The Belief System and National Images : a Case Study », *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 6, No. 3, Septembre 1962, pp. 244-252.

Eric et Bengt Sundelius. « The Essence of Groupthink », *Mershon International Studies Review*, Vol. 38, No. 1, avril 1994, pp. 101-107.

Vogler, John. « Perspectives on the Foreign Policy System : Psychological Approaches ». In Clarke, Michael et Brian White. *Understanding Foreign Policy : The Foreign Policy Systems Approach*, Brookfield (Vermont) : Edward Elgan, 1989.

VI.3 – Sites Internet

Project for the New American Century. *Statement of Principles*, 3 juin 1997. Disponible [en ligne] : <http://newamericancentury.org/statementofprinciples.htm> (consultée le 28 mars 2008).

VII – Les luttes bureaucratiques, la théorie des conseillers et le style présidentiel

VII.1 – Monographies

Allison, Graham et Philipp Zelikow. *Essence of Decisions : explaining the Cuban Missile Crisis*, New York : Longman, 1999.

Barber, James David. *The Presidential Character : Predicting Performance in the White House*, 3^e édition, Englewood Cliffs, N.J. : Prentice Hall, 1992.

Battistella, Dario. *Théorie des relations internationales*, 2^e édition, Paris : Les Presses de Sciences Po, 2006.

Baugh, William H. *United States Foreign Policy Making : Process, Problems, and Prospects*, Orlando : Harcourt Brace, 2000.

Bolton, Kent. *U.S. National Security and Foreign Policy After 9/11 : Present at the Re-Creation*, New York : Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

Burns, James MacGregor. *Running Alone : Presidential Leadership – JFK to Bush II : Why It Has Failed and How We Can Fix It*, New York : Basic Books, 2006.

David, Charles-Philippe, Karine Prémont et Julien Turreille. *L'erreur : L'échec américain en Irak cinq ans plus tard*, Sillery (Québec) : Septentrion, 2008.

Fukuyama, Francis. *America at the Crossroads : Democracy, Power, and the Neoconservative Legacy*, New Haven : Yale University Press, 2006.

Greenstein, Fred I. *The Presidential Difference : Leadership Style from FDR to George W. Bush*, 2^e édition, Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2004.

Halperin, Morton H. et Priscilla A. Clapp. *Bureaucratic Politics and Foreign Policy*, Washington: The Brookings Institution, 2006.

Jentleson, Bruce W. *American Foreign Policy. The Dynamics of Choice in the 21st Century*, 3^e édition, New York : W. W. Norton & Company, 2007.

Mitchell, David. *Making Foreign Policy : Presidential Management of the Decision-Making Process*, Aldershot : Ashgate, 2005.

Pika, Joseph A. et Maltese, John Anthony. *The Politics of the Presidency*, 6^e édition, Washington, D.C. : CQ Press, 2004.

Skowronek, Stephen. *The Politics Presidents Make : Leadership from John Adams to George Bush*, Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

Woodward, Bob. *Plan of Attack*, New York : Simon & Schuster, 2004.

VII.2 – Chapitres de livres

Arnold, Peri E. « One President, Two Presidencies. George W. Bush in Peace and War ». In Schier, Steven E. (éd.). *High Risk and Big Ambition : the Presidency of George W. Bush*, Pittsburgh : University of Pittsburgh Press, 2004, pp. 145-166.

Daalder, Ivo H. et James A. Lindsay. « Bush's Foreign Policy Revolution ». In Greenstein, Fred I. (éd.). *The George W. Bush Presidency : An Early Assessment*, Baltimore, Md., London: Johns Hopkins University Press, 2003, pp. 100-131.

VII.3 – Articles scientifiques

Clarke, Duncan L. « Why State Can't Lead », *Foreign Policy*, No. 66, printemps 1987, pp. 128-142.

Lund, Nelson. « Rational Choice at the Office of Legal Counsel », *Cardozo Law Review*, Vol. 15, 1993-1994, pp. 437-505.

Rockamn, Bert A. « America's Departments of State: Irregular and Regular Syndromes of Policy Making », *The American Political Science Review*, Vol. 75, No. 4, décembre 1981.

Stern, Eric et Bertjan Verbeek. « Whither the Study of Governmental Politics in Foreign Policymaking? A Symposium », *Mershon International Studies Review*, Vol. 42, No. 2, Novembre 1998.

Welch, David A. « A Positive Science of Bureaucratic Politics ? », *Mershon International Studies Review*, Vol. 42, No. 2, Novembre 1998, pp. 210-216.

VII.4 – Articles de presse

Cole, David. « What Bush Wants to Hear », *The New York Review of Books*, Vol. 52, No. 18, 17 novembre 2005. Disponible [en ligne] : <http://www.nybooks.com/articles/18431> (consultée le 2 avril 2008).

Crawford, Jan, Howard Greenburg, Howard L. Rosenberg et Ariane de Vogue. « Top Bush Advisors Approved 'Enhanced Interrogation'. Detailed Discussions Were Held About Techniques to Use on al Qaeda Suspects », ABC News, 9 avril 2008. Disponible [en ligne] : <http://www.abcnews.go.com/TheLaw/LawPolitics/Story?id=4583256&page=1> (consultée le 10 avril 2008).

Gordon, Craig. « Memos Spark Concerns That Bush Trying to Skirt Torture Laws », *NY Newsday*, 14 juin 2004. Disponible [en ligne] : <http://www.commondreams.org/headlines04/0614-03.htm> (consultée le 2 avril 2008).

Luban, David. « The Defense of Torture », *The New York Review of Books*, 15 mars 2007, pp. 37-39.

Perlez, Jane. « Bush Team's Counsel Divided on Foreign Policy », *The New York Times*, 27 mars 2001, p.A1.

Smith, Jeffrey R. « Lawyer for State Dept. Disputed Detainee Memo. Military Legal Advisers Also Questioned Tactics », *The Washington Post*, 24 juin 2004, p.A07.

VII.5 – Rapports et documents officiels

Human Rights Watch. « U.S.: Rumsfeld Potentially Liable for Torture. Defense Secretary Allegedly Involved in Abusive Interrogation », 14 avril 2004. Disponible [en ligne] : <http://www.hrw.org/english/docs/2006/04/14/usdoml13190.htm> (consultée le 2 avril 2008).