

**Département de la Justice des Etats-Unis
Bureau du Conseiller
Washington DC 20530**

1^{er} aout 2002

Bureau de l'Assistant du Procureur Général (Assistant Attorney General)

**Mémemorandum (Note de service) destiné(e) à Monsieur Alberti R. Gonzales, Conseillé du
Président.**

RE : Normes de conduite d'interrogatoire en vertu du titre 18 du Code des Etats-Unis,
§§22340-2340A

Vous avez sollicité le point de vue de notre bureau concernant les normes de conduite au regard de la Convention contre les tortures et autres peines ou traitements cruels, inhumain ou dégradants et qui sont mis en œuvre par les sections 22340-2340A du titre 18 du code des Etats-Unis.

D'après ce que nous en comprenons, cette question est survenue dans le contexte de la conduite des interrogatoires pratiqués en dehors des Etats-Unis. Nous concluons ci-dessous que la Section 2340A prohibe les actes infligeant ou, spécialement destinés à infliger, des douleurs ou des souffrances sévères, quelles soient mentales ou physiques. Ces actes doivent être d'une nature d'une extrême gravité pour atteindre le niveau de torture tel que défini par la Section 2340A et par la Convention. Au-delà de cela, nous concluons que certains actes peuvent être cruels, inhumains ou dégradants mais ne produisent pas pour autant des douleurs ou des souffrances ayant l'intensité requise pour tomber sous le coup de la Section 2340A prohibant les tortures. Finalement, en examinant les possibles moyens de défense à l'encontre de toute plainte, nous concluons que certaines méthodes d'interrogation violent le droit en vigueur.

Dans la première partie, nous étudions les textes et l'histoire de la législation pénale. Nous en concluons que pour qu'un acte constitue une torture telle que définie dans la Section 2340, cet acte doit infliger une douleur insoutenable. La douleur physique équivalant à la torture doit être similaire, en intensité, à la douleur ressentie en cas de blessure physique grave, tel que la défaillance d'un organe, les troubles d'une fonction du corps, ou même la mort. Concernant les douleurs ou souffrances mentales, pour être équivalentes à la torture telle que définie à la Section 2340, elles doivent résulter de blessures psychologiques significatives en terme de durée, c'est à dire qui peuvent durer sur des mois, voire sur des années. Nous concluons que les dommages mentaux doivent aussi résulter d'un des actes figurant sur la liste dressée par la législation en vigueur, tels que : menaces de mort imminente ; menaces d'infliger des douleurs équivalentes à la torture physique ; infliger des douleurs physiques de telle sorte qu'il en résulte une torture psychologique ; utilisation de drogues ou autres techniques destinées à profondément perturber la perception sensorielle, ou fondamentalement altérer la personnalité de l'individu ; ou menaces d'infliger un quelconque de ces traitements à une autre personne. L'histoire de notre législation révèle que le Congrès a tenté, lors de l'adoption de cette loi, de faire correspondre la définition de la torture énoncée par la Convention avec les réserves, les accords, et déclarations que les Etats-

Unis soumettaient à sa ratification. Nous concluons que la législation, prise dans son ensemble, n'interdit que les actes de nature extrême.

Dans la seconde partie, nous étudions le texte et l'histoire de la ratification et des négociations relatives à la Convention contre les tortures. Nous concluons que le texte du traité interdit seulement les actes les plus extrêmes en réservant les condamnations pénales exclusivement à la torture et en refusant de telles condamnations pour « les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants ». Ceci confirme notre point de vue selon lequel les lois pénales condamnent seulement les conduites les plus flagrantes. L'interprétation et la représentation de la branche exécutive au Sénat à ce moment de la ratification confirment également que le but du traité était de viser seulement les comportements les plus extrêmes.

Dans la troisième partie, nous analysons la jurisprudence concernant le texte sur la protection des victimes de tortures, *Titre 28 du code des Etats-Unis, § 1350 note (2000)*, laquelle fournit les recours civils pour les victimes de tortures et prévoit les standards auxquels les tribunaux peuvent se référer pour déterminer quelles actions atteignent le seuil de torture dans un contexte pénal. Nous concluons de ces affaires que les tribunaux sont enclins à une appréciation in-concreto, et examinerons le cours des événements dans leur intégralité, afin de déterminer si certains actes ont pu violer la Section 2340A. De plus, ces différentes affaires démontrent que la plupart du temps la torture implique une douleur physique extrême et cruelle.

Dans la quatrième partie, nous étudions les décisions internationales relatives au recours à des techniques de privation sensorielle. Ces affaires démontrent clairement qu'en dépit du fait que ces techniques peuvent équivaloir à des traitements cruels, inhumain et dégradants, elles ne produisent pas une douleur ou une souffrance suffisante pour entrer dans le cadre de la définition de la torture. De ces décisions, nous en concluons qu'il y a une grande variété de ces techniques qui n'atteindront pas le niveau de torture.

Dans la Cinquième partie, nous discutons pour savoir si la Section 2340A pourrait être inconstitutionnelle si elle était appliquée aux interrogations de combattants ennemis conformément aux pouvoirs du « Président Commandant-in-Chief ». Nous avons découvert que dans le contexte de la guerre actuelle contre Al Qaida et ses alliés, des poursuites fondées sur la Section 2340A, pourrait être rejetées car sa mise en application constituerait une violation inconstitutionnelle de l'autorité du Président dans sa conduite une guerre.

Dans la Sixième partie, nous parlons des arguments de défense à soulever contre l'allégation qu'une méthode d'interrogation violerait la loi. Nous concluons que, dans les circonstances actuelles, la nécessité ou la légitime défense peuvent légitimer des méthodes d'interrogation qui pourraient violer la Section 2340A.

[....]

Sixième partie : Défenses/Arguments

Dans les parties précédemment citées de ce mémorandum, nous avons démontré que l'interdiction de torturer dans la Section 2340A est seulement limitée aux plus extrêmes formes de dommages physiques ou mentaux. Nous avons également démontré que la Section 2340A, appliquée aux interrogatoires des combattants ennemis ordonnés par le Président conformément aux pouvoirs de son Commandant-en-Chef, serait inconstitutionnelle. Même si une méthode d'interrogation pouvait cependant dépasser les limites décrites dans la Section 2340 et même si l'application de la loi pourrait ne pas être considérée comme une violation inconstitutionnelle des pouvoirs du « Président Commandant-in-Chief », nous pensons, qu'aux vues des actuelles circonstances, certains arguments de défense pourraient être soulevés afin de contrer tout éventuel engagement de la responsabilité pénale.

Des critères de défense reconnus par la loi pénale, tels que la nécessité et la légitime défense, pourraient justifier l'utilisation de méthodes d'interrogation nécessaires pour l'obtention d'informations permettant de prévenir une menace directe et imminente sur les Etats-Unis et sur ses citoyens.

A. L'état de nécessité.

Nous pensons que l'état de nécessité pourrait être soulevé comme cause exonératoire, aux vues des circonstances actuelles, contre une allégation de violation de la Section 2340A. L'état de nécessité, souvent désignée comme la défense consistant à « choisir le moins pire des deux maux », a été définie de la manière suivante :

Est justifié le comportement que le protagoniste juge nécessaire pour éviter un dommage ou une blessure à lui même ou pour un autre, à condition que :

- (a) *Le mal qu'on cherche à éviter par cette conduite soit plus grand que celui qui est prohibé par la loi définissant l'infraction ;*
- (b) *Qu'il n'existe aucun code, ni aucune autre loi définissant l'infraction qui fournirait des exceptions ou arguments correspondant au cas d'espèce ; et*
- (c) *Qu'il n'existe aucune législation destinée à exclure volontairement l'exonération revendiquée.*

Extrait du code pénal § 3.02. *cf également Wayne R. LaFave et Austin W. Scott, Droit pénal positif §5.4 ib. 627 (1986 et 2002 supp.) (« LaFave et Scott »).* Bien qu'il n'y ait aucune loi fédérale établissant l'état de nécessité ou autres causes exonératoires comme un moyen de défense au sein des lois pénales fédérales, la Cour suprême a reconnu la défense. *cf United state c/ Bailey, 444 U.S 394, 410 (1980) (relié à LaFave et Scott et à l'extrait du code pénal définissant l'état de nécessité comme moyen de défense)*

L'état de nécessité comme moyen de défense pourrait s'avérer très pertinente dans les circonstances actuelles. Comme cela a été décrit dans les affaires juridiques et certains articles, le but de l'état de nécessité est de l'ordre des politiques publiques. Selon LaFave et Scott « La loi se doit de promouvoir la réussite de valeurs de haut rang au détriment de valeurs de moindre importance, et parfois le meilleur sera accompli pour la Société en violant le langage littérale de la loi pénale. » *LaFave et Scott, au 629.*

Plus particulièrement, l'état de nécessité en tant que défense peut justifier l'intention de tuer une personne pour en sauver deux autres car, « il est préférable que deux vies soient sauvées et qu'une seule soit perdue plutôt que deux vies soient perdues et une sauvée. ». Dit autrement, en vertu de l'expression « Entre deux maux il faut choisir le moindre » le mal impliquant la violation des termes de la loi pénale (...même en prenant la vie de quelqu'un) serait peut être moindre que celui qui résulterait de la conformité littérale à la loi (...deux vies perdues) » *ib.*

De nouveaux éléments concernant l'état de nécessité comme moyen de défense méritent d'être ajoutés ici. Tout d'abord, la défense n'est pas limitée à certains types de dommages. Donc, le dommage infligé par l'état de nécessité peut inclure un homicide volontaire, aussi longtemps que le dommage évité est plus important (cad empêcher plus de mort). *Ib. 634.* Deuxièmement, il doit s'agir de l'intention du défendeur d'éviter un dommage plus important ; chercher à commettre un meurtre et apprendre ensuite que la mort a eu le résultat fortuit de sauver d'autres vies ne pourra pas être exonéré par l'état de nécessité. *Ib. 635.* Troisièmement, si le défendeur croit légitimement que le dommage de moindre importance était nécessaire, même si, sans qu'il le sache, ça ne l'était pas, il pourrait toujours s'en servir comme moyen de défense. Comme LaFave et Scott l'expliquent, « si A tue B croyant légitimement que c'est nécessaire pour sauver C et D, il n'est pas coupable de meurtre même si, sans que A le sache, C et D auraient pu être sauvé sans nécessairement tuer B » *Ib.* Quatrièmement, c'est au tribunal, et non pas au suspect de juger si le dommage évité était plus important que le dommage causé. *Ib. 636.* Cinquièmement, le suspect ne peut se reposer sur l'état de nécessité comme moyen de défense si une troisième alternative, causant des dommages moindres, est ouverte et connue de lui.

Il nous semble, qu'aux vues des circonstances actuelles, l'état de nécessité comme moyen de défense pourrait être soutenue avec succès face à une allégation de violation de la Section 2340A. Le 11 septembre 2001, Al Qaida a lancé une attaque surprise sur des cibles civiles aux Etats-Unis conduisant à la mort de milliers de personnes et à la perte de milliards de dollars. Selon les rapports publics et les rapports du gouvernement, Al Qaida dispose d'autres cellules dormantes aux Etats-Unis qui pourraient planifier d'autres attentats. En effet, les projets d'Al Qaida sont apparemment de développer et de déployer des armes de destruction massives chimiques, biologiques et nucléaires. Aux vues de ces circonstances, un détenu peut posséder des informations qui pourraient permettre aux Etats-Unis d'empêcher des attentats potentiellement équivalents ou surpassant les attentats du 11 septembre dans leur amplitude. En définitive, tout dommage pouvant intervenir au cours d'un interrogatoire serait insignifiant en comparaison aux dommages évités en empêchant ces attaques, qui pourraient causer la mort de centaines, voire de milliers de personnes.

Au vu de ce calcul, deux facteurs nous aiderons à déterminer dans quel cas il est approprié d'invoquer l'état de nécessité comme moyen de défense. Tout d'abord, plus les gouvernements officiels sont certains qu'un individu est en possession d'informations capitales permettant d'empêcher une attaque, plus l'interrogatoire sera nécessaire. Ensuite, plus il est probable qu'une attaque terroriste se produise, plus les dommages attendus sont importants, plus l'interrogatoire destiné à la récolte d'informations deviendra nécessaire. La force de l'état de nécessité comme moyen de défense dépend évidemment de la prédominance des circonstances, et de la connaissance par le gouvernement des protagonistes impliqués au moment où l'interrogatoire est conduit. Bien que tout interrogatoire qui pourraient violer la Section 2340A ne déclenchent pas

l'état de nécessité comme moyen de défense, nous pouvons affirmer que certaines circonstances peuvent admettre l'état de nécessité comme moyen de défense.

Les autorités légales ont identifié une importante exception à l'état de nécessité comme moyen de défense. Cette défense est invocable « seulement dans les situations où la législation n'a pas elle-même, dans ses lois pénales, pris position sur la question » *ib.629*. Par conséquent, si le Congrès a explicitement affirmé que la violation de la loi ne pouvait être justifiée par le dommage évité, les tribunaux ne peuvent admettre la nécessité comme défense.

LaFave et Israel fournissent un exemple avec une loi sur l'avortement qui énonce clairement que les avortements, même dans le but de sauver la vie de la mère, constitueraient quand même un crime ; dans un tel cas l'état de nécessité comme moyen de défense ne serait pas invocable. *Ib. 630*. Ici, le Congrès n'a cependant pas pris de position explicite quant à la torture. En effet, le Congrès a explicitement cessé tout effort pour intégrer la torture dans la liste des actes pouvant être justifiés par la nécessité comme défense.²³

B. La légitime défense.

Même si un tribunal était amené à considérer qu'une violation de la Section 2340A n'était pas justifiée par l'état de nécessité, le défendeur pourrait toujours soulever la légitime défense. Le droit à la légitime défense, même quand il implique un coup mortel, est profondément ancré dans nos lois, aussi bien pour les individus que pour la nation dans son ensemble. Comme la « Court of Appeals for D.C. Circuit » l'a expliqué :

Il y a plus de 200 ans, Blackstone, le plus connu des rédacteurs de la Common Law, enseignait que « tout homicide est malveillant, et est bien sur équivalent à un meurtre, à moins qu'il...soit excusé du fait d'un accident ou d'une légitime défense... »

La légitime défense, en tant que doctrine qui exonère légalement la prise d'une vie humaine, est aussi valable aujourd'hui qu'elle l'était du temps de Blackstone.

Etats-Unis c/ Peterson, 483 F.2d 1222, 1228-29 (D.C Cir.1973). La légitime défense est une loi commune (common-law) aux lois pénales fédérales, et aucun élément du texte, de la structure ou de l'histoire de la Section 2340A exclut son application aux accusations de torture. En l'absence

²³ Dans la Convention contre la torture, la torture est définie comme une intention d'infliger une sévère douleur ou souffrance « dans le but d'obtenir de lui ou d'une tierce personne des informations ou des aveux. ». Article 1.1 de la Convention. On pourrait prétendre qu'une telle définition ne pourrait justifier un acte de torture, quelles que soient les circonstances, y compris lorsqu'est argué qu'il est justifié par le bien fondé d'obtenir des informations – En d'autres termes, l'état de nécessité ne serait pas un moyen de défense. Cependant, en adoptant la Section 2340, le Congrès supprime l'élément intentionnel dans la définition de la torture, démontrant une intention de supprimer tout caractère figé des valeurs établies par la loi. En laissant la Section 2340 silencieuse au sujet des dommages causés par la torture en comparaison avec d'autres dommages, le Congrès autorise l'état de nécessité comme moyen de défense quand celui-ci est approprié.

De plus, la Convention contient une disposition supplémentaire qui prévoit « Aucune circonstance exceptionnelle quelle qu'elle soit, qu'on soit en présence d'un état de guerre, ou d'une menace de guerre, d'une instabilité politique interne ou tout autre urgence publique, ne peut être invoquée comme une justification de la torture. » Article 2.2 de la Convention contre la torture. En toute connaissance de ces dispositions de la convention et de la définition de la défense dans le cadre de l'état de nécessité, qui autorise le pouvoir législatif à fournir un moyen de défense à titre d'exception, cf. l'extrait du code pénal §3.02 (b), le Congrès n'a pas incorporé l'article 2.2 de la Convention contre la torture dans la Section 2340. Bien que le Congrès ait omis les efforts de la Convention contre la torture pour exclure des justifications du type de l'état de nécessité ou de la période de guerre, nous interprétons la Section 2340 comme le permettant.

de toute disposition textuelle contraire, nous supposons que la légitime défense peut être un moyen de défense approprié à l'encontre d'une allégation de torture.

La doctrine de la légitime défense permet l'utilisation de la force pour empêcher que des dommages soient infligés à une autre personne. Comme LaFave et Scott l'expliquent « l'utilisation raisonnable de la force par une personne, pour en défendre une autre, même un étranger, est légitimée quand celle-ci croit raisonnablement que l'autre est en danger immédiat de subir des dommages corporels de son adversaire et que l'utilisation d'une telle force est nécessaire pour éviter le danger » *Ib.* 663-64. En dernier recours, même un coup fatal est permis, mais « seulement quand l'agression de l'adversaire sur l'autre personne apparaît raisonnablement au défendeur comme une agression mortelle. » *Ib.* 664. Comme au sujet du débat sur l'état de nécessité, nous allons étudier les différents éléments de cette défense²⁴. Selon LaFave et Scott les éléments nécessaires pour la défense de quelqu'un sont les mêmes que ceux requis lors de sa propre défense.

Dans un premier temps, la légitime défense requiert que la force utilisée soit *nécessaire* pour éviter un risque de dommage corporel. *Ib.* 649. Le défendeur peut avoir recours à un coup mortel, s'il croit raisonnablement que l'agresseur est sur le point d'infliger la mort ou de sérieuses blessures corporelles sur une autre personne, et qu'il est donc nécessaire d'utiliser une telle force pour l'en empêcher. *Ib.* 652. Si nous examinons la situation inverse, le défendeur peut ne pas utiliser la force lorsque celle-ci est aussi efficace à un autre moment et qu'en attendant il ne subisse aucunes blessures ou ne coure aucun risque *cf Paul H. Robinson, 2 Les lois de défenses pénales § 131(c) at 77 (1984)*. Si, cependant, d'autres options permettent au défendeur de se sauver sans danger d'une confrontation sans avoir recours à une force mortelle, l'utilisation de la force peut ne pas être nécessaire dans un premier temps. *LaFave et Scott at 659-60*

Dans un second temps, la légitime défense requiert que la croyance du défendeur dans la nécessité du recours à la force soit raisonnable. Si le défendeur croyait, honnêtement mais de manière non raisonnable, que le recours à la force était nécessaire, il ne pourra pas invoquer la légitime défense avec succès comme stratégie de défense. *Ib.* 654. Inversement, si le défendeur croyait légitimement qu'une agression était sur le point de se produire, mais que les faits révèlent par la suite qu'il n'y avait aucune menace, il peut toujours invoquer la légitime défense.

Comme LaFave et Scott l'expliquent « Il peut être justifié d'avoir porté un coup mortel à quelqu'un de menaçant, qui porte la main à sa poche comme pour prendre une arme, bien qu'il s'avère par la suite qu'il ne possédait aucune arme et qu'il souhaitait juste prendre son mouchoir ». *Ib.* Certaines dispositions, telles que dans le code pénal, ont même supprimé l'élément requis de « raisonnabilité » (« reasonability » similaire au contrôle de proportionnalité), et requièrent seulement que le défendeur ait cru honnêtement que l'utilisation de la force était nécessaire, ne tenant ainsi pas compte du caractère « non raisonnable ».

Dans un troisième temps, beaucoup d'autorités légales ajoutent un critère : le défendeur doit croire raisonnablement que le danger est « imminent » avant de pouvoir utiliser la force comme défense. Cependant, ce serait une erreur de nécessairement assimiler l'imminence et le moment – qu'une attaque est sur le point de se produire. Il importe plus, comme le code pénal l'explique, que la réponse défensive soit « immédiatement nécessaire ». *Extrait du code pénal § 3.04 (1)*. En

²⁴ Dans certaines affaires il a été suggéré que pour être considéré comme le défenseur d'un autre, il devait y avoir une relation personnelle avec la personne nécessitant l'aide. Ce point de vue a été abandonné. *LaFave & Scott at 664*.

effet, l'imminence peut être simplement un autre moyen d'exprimer la condition de nécessité. *Robinson at 78.*

LaFave et Scott, par exemple, pensent que le critère de l'imminence est significatif en tant que partie de la nécessité de se défendre, car si une attaque n'est pas imminente, le défenseur dispose d'autres options pour éviter le recours à la force. *LaFave et Scott at 656.* Si, cependant, l'attaque devient certaine et qu'il ne reste aucune autre option, l'utilisation de la force peut être justifiée. Exemple : Si A kidnappe et enferme B et lui dit ensuite qu'il le tuera dans une semaine, l'utilisation de la force par B, pour se défendre, serait justifiée même si l'opportunité s'est présentée avant que la semaine ne se soit écoulée. *Ib. at 656, cf aussi Robinson at §131 (c)(1) at 78.* Dans cette hypothèse, bien que l'attaque en elle-même ne soit pas imminente, l'utilisation de la force par B devient immédiatement nécessaire dès lors qu'il a l'opportunité de sauver sa vie.

Quatrièmement, le degré de la force doit être proportionnel à la menace. Comme l'expliquent LaFave et Scott « le degré de la force utilisée [par le défenseur] doit être raisonnablement lié au dommage le menaçant qu'il cherche à éviter ». *LaFave et Scott at 651.* Par conséquent, une personne ne peut pas utiliser une force mortelle en réponse à une menace qui n'a pour conséquence la mort ou des blessures graves. Si de tels dommages devaient cependant en résulter, l'utilisation d'une force mortelle est appropriée. Extrait du code pénal §3.04(2)(b) énonce « l'utilisation d'une force mortelle n'est pas justifiable...à moins que le protagoniste croit qu'une telle force est nécessaire pour se protéger contre la mort, contre de graves blessures, contre un kidnapping ou des rapports sexuels sous la contrainte ou la menace. »

Aux vues des actuelles circonstances, nous pensons qu'une personne accusée d'avoir violé la Section 2340A pourrait, dans certaines circonstances, alléguer avoir défendu quelqu'un. La menace d'une attaque terroriste imminente menace des centaines, voire des milliers de citoyens américains. Dans le cas où une telle défense serait soutenue, elle dépendrait du contexte spécifique dans lequel la décision de mener des interrogatoires serait prise. Si une attaque apparaît de plus en plus probable, mais que nos services de renseignement et nos forces armées ne peuvent l'empêcher sans les informations pouvant être obtenues par l'interrogation d'un individu, il sera alors d'autant plus probable que la conduite de cet interrogatoire paraisse nécessaire. Si les services de renseignement et autres sources d'informations affirment qu'une menace est de plus en plus certaine, alors la nécessité du recours à un interrogatoire sera légitime. La conviction grandissante qu'un attentat se produise répondra également au critère de l'imminence. Pour conclure, le fait que les attaques précédentes d'Al Qaida aient eu pour but de causer la mort, et que les complots d'autres attentats aient révélé un but identique, justifierait l'utilisation de méthodes d'interrogations proportionnées, destinées à obtenir des informations permettant d'épargner des vies.

Cette situation est différente de celle de la légitime défense habituelle comme cause exonératoire et est en fait imbriquée avec des éléments de la « nécessité de la défense ». La légitime défense telle que discutée habituellement implique l'utilisation de la force contre une personne qui est sur le point de commettre une agression. Aux vues des circonstances actuelles, un ennemi combattant en détention ne représente cependant pas une menace. Il n'est pas en train de commettre à l'attentat, il a au plus participé à l'élaboration et la préparation de cet attentat ou, il dispose simplement d'informations au sujet de cet attentat du fait de son adhésion à organisation terroriste. Néanmoins, les commentateurs de la doctrine pensent que l'interrogation de tels individus en utilisant des méthodes qui peuvent violer la Section 2340A se justifierait par la

légitime défense, car le combattant en aidant et promouvant le complot terroriste « est coupable d'avoir créé une situation où des personnes peuvent être blessées. Si le blesser est le seul moyen d'empêcher la mort ou des blessures à d'autres, une telle torture devrait être permise, et sur le même fondement que la légitime défense. » *Michael S. Moore, Torture and the Balance of Evils, 23 Israel L. Rev. 280, 323 (1989) (recueil du rapport de la commission Landau à Israël)*²⁵. Par conséquent, certains commentateurs, pensent qu'en aidant à la création d'une menace entraînant la perte de vies, les terroristes se rendent coupable de la menace même s'ils n'ont pas réellement eux-mêmes exécuté l'attaque. Ils peuvent être éventuellement blessés durant l'interrogatoire car ils font partie du mécanisme qui a rendu l'attentat possible, *Ib. at. 323*, au même titre que celui qui fournit des munitions ou des renseignements à un terroriste. Aux vues des circonstances actuelles, même si un ennemi combattant détenu n'est pas l'attaquant en personne – il n'a pas posé la bombe, ou piloté un avion détourné pour tuer des civils – il peut quand même être blessé dans le cadre d'une légitime défense s'il a la connaissance d'attaques futures car il a assisté à leur planification et leur exécution.

De plus, nous croyons que l'allégation par un individu de la défense d'un autre, sera d'autant plus soutenue que dans ce cas, la nation elle-même est sous le coup d'une attaque et qu'elle a le droit de se défendre. Cet état de fait peut renforcer et soutenir une allégation de légitime défense dans le cadre de poursuites, selon la solution apportée par la Cour Suprême dans l'affaire *In re Neagle*, 135 US 1 (1890). Dans cette affaire, l'Etat de Californie arrêta et garda le député américain Marschal Neagle pour avoir tiré et tué un agresseur de la Cour Suprême de Justice (Supreme Court Justice Field). En considérant le texte de l'Habeas Corpus pour la relaxe de Neagle, la Cour Suprême ne s'est pas seulement fondée sur les droits de Marschal de défendre une autre personne ou sur ses droits à la légitime défense. La Cour Suprême décida plutôt que, le fait que Neagle, en tant qu'agent des Etats-Unis et membre de la branche exécutive, ait donné la mort était justifié car en protégeant le « Justice Field », il agissait conformément au pouvoir constitutionnel inhérent à la branche exécutive, de protéger les Etats-Unis. *Ib. at 67* (« Nous ne pouvons douter du pouvoir du Président de prendre des mesures pour protéger le juge d'une des Cours des Etat Unis, qui durant l'exercice de ses fonctions, est menacé d'une attaque personnelle pouvant probablement causer sa mort »). Selon la Cour, ce pouvoir provient du pouvoir du Président, en vertu de l'article II, de faire en sorte que les lois soient appliquées justement. En d'autres termes, Neagle en tant qu'officier fédéral peut non seulement soulever la légitime défense ou la défense d'une autre personne mais également invoquer le fait qu'il mettait en œuvre le pouvoir de la branche exécutive de protéger le gouvernement des Etats-Unis.

Si le droit de défendre le gouvernement national peut être soulevé comme défense dans le cadre de poursuites individuelles, comme l'affaire Neagle le démontre, alors un gouvernement se défendant, agissant dans le cadre de ces compétences officielles, devrait être capable d'arguer que tout comportement violant la Section 2340A était entrepris légalement, au-delà de la simple justification par la légitime défense individuelle ou de la défense d'un autre individu. De plus, le

²⁵ Moore distingue cette affaire de celle dans laquelle une personne possède des informations qui pourraient empêcher une attaque terroriste, mais qui n'est pas impliquée dans activité terroriste, telle une personne innocente apprenant l'existence d'une attaque par son époux. Moore, 23 Israel L. rev. at 324. Concernant une telle personne, Moore pense que le recours à la force en tant que légitime défense ne devrait pas s'appliquer, cependant l'état de nécessité pourrait être justifié.

défendant pourrait soutenir qu'il mettait en œuvre le pouvoir de la branche exécutive pour protéger le gouvernement fédéral et la nation contre attentat. Les attentats du 11 septembre ont déjà déclenché ce pouvoir, comme le reconnaissent à la fois les lois nationales et internationales. En se référant à l'exemple de l'affaire Neagle, nous en concluons que le gouvernement qui se défend peut également arguer que la conduite d'un interrogatoire, s'il est correctement autorisé, est légitimée par la protection de la nation contre un attentat.

Il peut exister un doute quant au fait que le droit à la légitime défense d'une nation ait été initié par notre droit. La constitution énonce que l'un de ces objectifs est d' « assurer la défense commune », *Préambule de la Constitution des Etats-Unis*, L'article I, §8 énonce que le Congrès a pour mission d' « assurer la défense commune». *cf aussi 2 publications des documents de Ronald Reagan 920, 921 (1988-89) (le droit à la légitime défense reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies)*. Le Président a la responsabilité particulière et le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour défendre la nation et ses citoyens. *In re Neagle, 135 US at 64. cf également la Constitution américaine, article IV §4 (« les Etats-Unis doivent...protéger [chacun des Etats] contre l'invasion »)*. En tant que Commandant en Chef et Chef de l'exécutif, il pourrait utiliser la force armée pour protéger la nation et ses citoyens. *Cf Etats-Unis c/ Verdugo-Urquidez, 494 US 259, 273 (1990)*. Et, en tant que Commandant en Chef, il pourrait employer des agents secrets afin de l'aider dans sa tâche. *Totten c/ Etats-Unis, 92 US 105, 106 (1876)*. Comme la Cour Suprême l'a remarqué dans l'affaire *The prize cases, 67 US (2 Black) 635 (1862)*, en réponse à une attaque armée contre les Etats-Unis « le Président n'est pas seulement autorisé mais il lui incombe de résister à la force par la force... sans avoir à attendre aucune autorisation spéciale de la loi » *Ib. at 668*. Les événements du 11 septembre étaient une attaque directe contre les Etats-Unis, et comme nous l'avons expliqué ci-dessus, le Président a autorisé l'utilisation de la force militaire avec le soutien du Congrès.²⁶

Comme nous l'avons précisé dans d'autres avis relatifs à la guerre contre Al Qaida, le droit de la nation à la légitime défense a été déclenché par les événements du 11 septembre. Si un gouvernement se défendant avait blessé un combattant ennemi durant un interrogatoire d'une manière violant les dispositions de la Section 2340A, cela se serait produit dans le but d'empêcher de futurs attentats aux Etats-Unis par le réseau terroriste d'Al Qaida.

²⁶ Les décisions constitutionnelles du Président suffisent pour justifier de recourir à la légitime défense, mais on peut constater que le droit à la légitime défense est également reconnu par les lois internationales. L'article 51 de la Charte des Nations Unies déclare «Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. ». Les attentats du 11 septembre 2001 ont clairement constitué une attaque armée contre les Etats-Unis et fut la dernière dans la longue histoire des attentats organisés par Al Qaida contre les Etats-Unis. Cette conclusion fut admise par le conseil de sécurité des Nations Unies le 28 septembre 2001, quand la résolution 1373 fut adoptée à l'unanimité il a été explicitement « réaffirmé l'inhérence des droits des individus ou d'une collectivité à la légitime défense telle que reconnue par la Charte des Nations Unies. ». Le droit à la légitime défense est un droit effectif. En d'autres termes, l'état de victime permet d'utiliser la force contre son agresseur qui a initié une « attaque armée » jusqu'à ce que la menace s'atténue. Les Etats-Unis au travers de leurs personnels militaires et l'Intelligence, a un droit reconnu par l'article 51 de continuer à utiliser la force jusqu'à ce que la menace d'Al Qaida et autres groupes terroristes ayant des liens avec les attentats du 11 septembre soit éradiquée. D'autres traités réaffirment également le droit des Etats-Unis de se protéger par l'utilisation de la force. *Cf le traité inter américain d'assistance réciproque, article 3, du 2 septembre 1947, TIAS No 1838, 21 UNTS 77 (traité de Rio) ; article 5 du traité Nord Atlantique du 4 avril 1949, 63 Stat 2241, 34 UNTS 243.*

Dans ce cas nous pensons que le gouvernement pourrait soutenir que cette action était justifiée par le pouvoir constitutionnel de la branche exécutive de protéger la nation contre toute attaque. Cette lecture nationale et internationale du droit à la légitime défense pourrait s'ajouter et soutenir les droits individuels du gouvernement se défendant.

Conclusion :

Pour toutes ces raisons, nous concluons que la torture telle que définie et prohibée par la Section 2340-2340A couvre seulement les actes d'une extrême gravité. Une douleur sévère est généralement insoutenable pour la victime. Lorsque la douleur est physique, elle doit être proche de l'intensité de la douleur ressentie lors de graves blessures physiques telles que la mort ou la disfonctionnement d'un organe. Les douleurs mentales sévères requièrent une souffrance, pas seulement sur le moment mais sur une longue durée, telles que les souffrances observées lors de troubles mentaux comme les troubles dus à un stress post-traumatique. De plus, une telle douleur mentale ne peut être que la conséquence des actes figurant sur la liste de la Section 2340. En raison de l'extrême gravité des actes de torture infligés, il existe une variété d'actes que l'on pourrait classer comme étant des peines et traitements cruels, inhumain, ou dégradants car ils n'atteignent pas le niveau d'intensité requis par la définition de la torture.

De plus, nous concluons qu'aux vues des circonstances de l'actuelle guerre contre Al Qaida et de ses alliés, l'application de la Section 2340A pour entreprendre les interrogatoires, conformément aux pouvoirs du Président Commandant en Chef, pourrait se révéler inconstitutionnelle. Pour finir, même s'il s'avérait qu'une méthode d'interrogation violait la Section 2340A, l'état de nécessité ou la légitime défense pourrait fournir les légitimations nécessaires qui supprimeraient toute responsabilité pénale.

Merci de nous faire savoir si nous pouvons d'avantage vous aider.

Jay S Bybee
Assistant du Procureur General

Cas dans lesquels les tribunaux américains ont reconnu l'accusation de torture :

- Le plaignant a été battu et touché par balle par les troupes du gouvernement alors qu'il protestait contre la destruction de sa propriété. Cf. *Wiwa c/ Royal Dutch Petroleum*, 2002 WL 319887 at 7 (S.D.N.Y, 28 février 2002)
- La plaignante a été débarquée d'un navire, interrogée et on lui a refusé tout contact avec l'extérieur pendant plusieurs mois. Les représentants du défendeur l'ont menacée de mort si elle tentait de partir du lieu où elle était retenue. Elle a été séparée de force de son mari et dans l'impossibilité d'avoir de ses nouvelles. Cf. *Simpson c/ socialist people's Libyan Arab Jamahiriya*, 180 F. supp. Ed 78, 88 (D.C.C 2001) (règle 12 (b), motion (6)).
- Le plaignant a été retenu captif pendant 5 jours dans une petite cellule sans lumière, sans fenêtre, privé d'eau et de toilettes. Durant le reste de sa captivité, on le privait fréquemment de nourriture et d'eau et il n'avait qu'un accès limité aux toilettes. Ces kidnappeurs lui braquaient un pistolet sur la tête en le menaçant de le tuer s'il n'avouait pas être un espion. Ils l'ont également menacé de lui couper les doigts, de lui arracher les ongles, de le frapper dans les testicules. Cf. *Daliberti c/ la République d'Irak*, 146 F. Supp. 2d 19, 22-23, 25 (D.D.C 2001) (Jugement par défaut)
- Le plaignant a été incarcéré pendant 205 jours. Il été confiné dans un parking qui avait été aménagé en prison. Sa cellule ne comportait ni eau, ni toilette et il disposait d'un lit de camp en fer pour dormir. Il a été condamné pour être entré illégalement en Irak et transféré ailleurs où il a été placé dans une cellule infestée de vermines. Il partageait une seule toilette avec 200 prisonniers. Durant son incarcération il a été victime d'une crise cardiaque mais n'a pas reçu les soins adéquats ni les médicaments nécessaires. Cf. *Daliberti la République d'Irak*, 146 F. Supp. 2d 19, 22-23, 25 (D.D.C 2001) (Jugement par défaut)
- Le plaignant a été incarcéré pendant 126 jours. A un moment, un des gardiens a tenté de le tuer mais un autre gardien l'en a empêché. Un camion le transportant a renversé à pleine vitesse un piéton et ne s'est pas arrêté. Il a entendu un autre prisonnier [...] *Partie manquante.*