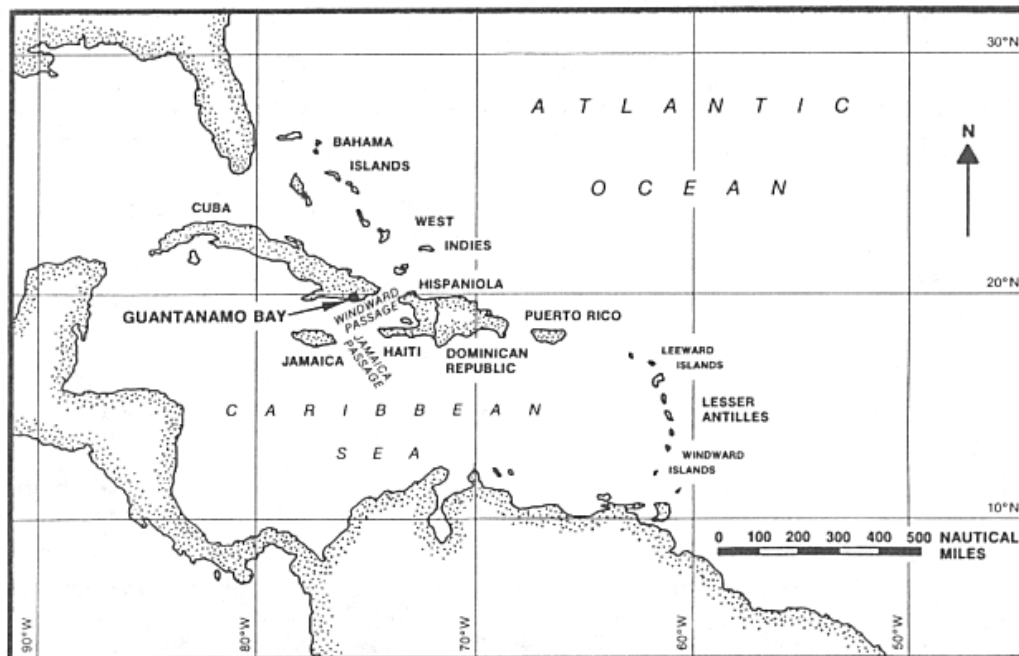


# “Trust us”

Hoe de regering Bush het detentiecentrum in  
Guantánamo Bay legitimeerde



Location of Guantánamo Bay, Cuba.

**Student: Karlijn de Wolff**

**Studentnummer: 3369781**

**Begeleidster: I. G. B. M.  
Duyvesteyn**

**Masterthesis Internationale  
Betrekkingen in Historisch  
Perspectief**

# Inhoudsopgave

---

<b>Inleiding</b>	5
Het debat	8
De relevantie van een historische benadering	15
Methode en overzicht	18
<b>Van vluchtelingenkamp tot detentiecentrum</b>	21
Het leasecontract met Cuba	21
Eerdere controversiële functie van de basis	23
De plek van Guantánamo Bay in de War on Terror	26
Het detentiecentrum in Guantánamo Bay	27
Het doel van Guantánamo Bay	28
Joint Task Force Guantánamo	29
<b>Guantanamo Bay als afwijking van de Geneefse Conventies</b>	32
Een ‘act of war’	32
De Geneefse Conventies	33
De Derde Geneefse Conventie	35
De Geneefse Conventies in eerdere conflicten	36
De War on Terror als breuk met de Geneefse Conventies	38
De angst voor marteling	43
Enhanced interrogation	44
Een deuk in het Amerikaanse imago	49

<b>2002: De oprichting van het detentiecentrum</b>	51
Het overkoepelende narratief	52
<i>De keuze tussen misdaad of oorlogsdaad</i>	52
<i>Een irreguliere oorlog</i>	55
<i>Beeldvorming rondom terroristen</i>	56
De aanloop naar het detentiecentrum	58
Simpelweg een juridische kwestie	60
Groeierende kritiek	63
De Amerikaanse aard als geruststelling	67
Nood breekt wet	70
<i>Indefinite detention</i>	71
<i>Militaire commissies</i>	72
De mogelijkheid tot verhoor	76
Analyse	78
<b>2004: De invloed van het Abu Ghraib-schandaal</b>	86
Het schandaal rond Abu Ghraib	86
<i>De reactie van de Amerikaanse regering</i>	88
Individuele verantwoordelijkheid of een gevolg van overheidsbeleid?	90
Belangrijke onderzoeken	93
De ‘Torture Memo’s’	98
<i>Ontkenning van het officieel toestaan van marteling</i>	100
Het legitimeren van Guantánamo Bay na Abu Ghraib	103
<i>Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie</i>	105
Juridische invulling	108
<i>Annual Review Boards</i>	110
<i>Militaire commissies</i>	113
<i>Combatant Status Review Tribunals</i>	116
Analyse	120

<b>Een concluderende analyse</b>	125
Het jaar 2002	125
De legitimatie in 2002	126
Het jaar 2004	130
De legitimatie in 2002	131
Een overkoepelende analyse	134
<b>Bibliografie</b>	140
<b>Bijlagen</b>	153



# Inleiding

---

Op 11 januari 2002 werden er voor het eerst 20 vermeende Al Qaeda terroristen overgebracht naar het Amerikaanse detentiecentrum in Guantánamo Bay, Cuba. De gevangenen werden uitzonderlijk geacht en geselecteerd uit een veel grotere gevangenispopulatie.<sup>1</sup> Volgens de regering Bush ging het hier om buitengewoon gevaarlijke gevangenen, ‘the worst of the worst’. Daarnaast waren het mensen die zouden beschikken over uitzonderlijke informatie, informatie waarmee wellicht een toekomstige aanval op de Verenigde Staten voorkomen zou kunnen worden.<sup>2</sup>

De beslissing leek slecht voorbereid, de autoriteiten in Guantánamo Bay werden pas drie dagen voor de gevangenen arriveerden ingelicht over de plannen, waardoor er haastig een verblijf voor de gevangenen moest worden opgezet.<sup>3</sup> Dit verblijf zou bekend komen te staan als Camp X-Ray. De foto’s die circuleren van het detentiecentrum in Guantánamo Bay zijn bijna allemaal gemaakt in deze periode. De iconische beelden laten de open kooien zien waarin de gevangenen vastgehouden werden, gehuld in afstekende oranje pakken. De gezichten van de gevangenen verborgen achter zwarte kappen, hun handen en voeten geboeid. Hoewel Camp X-Ray slechts een maand in gebruik was, zijn het met name deze foto’s die in de herinnering zijn blijven hangen en een nare smaak achterlieten.

Het detentiecentrum in Guantánamo Bay is verre van onbesproken gebleven. Zo zou het vasthouden van oorlogsgevangenen zonder vorm van proces en zonder officiële aanklacht in strijd zijn met het internationaal humanitair oorlogsrecht. Volgens de Geneefse Conventies, die het hart vormen van het internationale oorlogsrecht, vallen oorlogsgevangenen of *prisoners of war* (POWs), onder de bescherming van de Derde Geneefse Conventie. Hierin staat beschreven wie er gecategoriseerd kan worden als POW, welke rechten POWs hebben en hoe zij behandeld dienen te worden. Zij mogen bijvoorbeeld niet langdurig ondervraagd worden en dienen humanaan en respectvol behandeld te worden.<sup>4</sup> Ook mag er geen dwang

---

<sup>1</sup> J. Hickman, *Selling Guantánamo: Exploding the Propaganda Surrounding America's Most Notorious Military Prison* (Gainesville 2013) 1.

<sup>2</sup> Hickman, *Selling Guantánamo*, 13.

<sup>3</sup> C. Stafford Smith, *Bad Men: Guantánamo Bay And The Secret Prisons* (Londen 2007) 294.

<sup>4</sup> Artikel 17, Artikel 14 en Artikel 3 van de Derde Conventie van Genève. Te vinden op: ICRC, ‘Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949’, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/6fef854a3517b75ac125641e004a9e68> (18 februari 2014).

gebruikt worden, evenmin dreigementen, om hen te overreden tot het vrijgeven van informatie.<sup>5</sup>

Er is geen juridische achtergrond nodig om te kunnen concluderen dat de gevangenen in Guantánamo Bay niet behandeld worden volgens de Derde Geneefse Conventie. De Verenigde Staten trachten dit te legitimeren door aan te geven dat de gevangenen geen recht hebben op een status als POW, waardoor zij niet onder de bescherming van de Derde Geneefse Conventie vallen en dus ook geen recht hebben op een behandeling die in lijn is met de Conventie.<sup>6</sup> Wel gaven zij aan dat zij handelden volgens ‘the spirit of Geneva’, en dat de gevangenen uiteraard humaan behandeld zouden worden.<sup>7</sup> Deze geruststelling haalde de zorgen die bij verschillende landen leefden over de behandeling van de gevangenen niet geheel weg, met name doordat de situatie erg geconstrueerd leek. Het leek alsof de Verenigde Staten gezocht hadden naar een situatie waarin zij de grenzen op konden zoeken zonder daar de consequenties van te ondervinden. Dit is onder meer terug te zien in de keuze voor de plek van het detentiecentrum. Guantánamo Bay wordt door de Verenigde Staten geleased van Cuba, waardoor de wetgeving onduidelijk is. Het valt niet onder Cubaanse wetgeving, omdat het gebied onder Amerikaanse autoriteit valt. Het valt echter ook niet onder Amerikaanse wetgeving, aangezien het soeverein Cubaans gebied is. De personen die in dit gebied worden vastgehouden, bevinden zich in juridisch opzicht buiten de Verenigde Staten, waardoor zij geen aanspraak kunnen maken op de Amerikaanse constitutionele rechten. Dit betekent eveneens dat de normale ‘checks and balances’ op de behandeling van gevangenen wegvallen. Hierdoor ontstaat een situatie van straffeloosheid, waarbij bijvoorbeeld het mishandelen van de gevangene geen juridische overtreding is, simpelweg omdat er geen wetgeving is waar de gevangene aanspraak op kan maken. Guantánamo Bay is hierdoor vaak omschreven als een ‘legal black hole’, een wetteloos gebied. Het feit dat de gevangenen een POW-status onthouden werd én zij eveneens verplaatst werden naar dit gebied zorgde bij velen voor een ongemakkelijk gevoel.

Toen er in 2004 foto’s in de media verschenen van de Abu Ghraibgevangenis, waarop te zien was hoe Afghaanse en Irakese gevangenen vernederd en gemarteld werden door Amerikaanse soldaten, werd direct de vraag gesteld of dit soort praktijken ook in Guantánamo

---

<sup>5</sup> Artikel 17 van de Derde Conventie van Genève. Te vinden op: ICRC, ‘Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949’, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/6fef854a3517b75ac125641e004a9e68> (18 februari 2014).

<sup>6</sup> Alberto Gonzales, ‘Memorandum for the President, January 25, 2002’. Zie bijlage 1. Tevens te vinden op: <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf> (19 februari 2014).

<sup>7</sup> K. Seelye, ‘Bush Reconsiders Stand on Treating Captives of War’ (versie 29 januari 2009), <http://www.nytimes.com/2002/01/29/international/americas/29DETA.html> (19 februari 2014).

Bay plaatsvonden. Hoewel de regering Bush dit ontkende, doken er al snel documenten op waarin te zien was dat de grenzen wel degelijk aardig opgerekt waren wat betreft de behandeling van de gevangenen. De eerdere claim van de regering Bush dat de gevangenen behandeld werden in de geest van Genève bleek behoorlijk misplaatst.

Vlak na de aanslagen was de internationale steun voor een War on Terror groot. Veel landen steunden de Amerikaanse regering toen zij na de aanslagen van 11 september hard optrad, met name omdat dit werd gezien als noodzakelijke zelfverdediging. Gedurende de oorlog veranderde deze stemming en liep de steun steeds verder terug. Dit had verschillende redenen, die vooral te maken hadden met de oorlog in Irak. Zo verschaftte de Amerikaanse regering foutieve informatie over massavernietigingswapens in Irak en werd er een invasie uitgevoerd zonder mandaat van de VN-Veiligheidsraad. De Verenigde Staten leek zich steeds meer unilateraal op te stellen en zich minder aan te trekken van internationale afspraken, iets dat veel landen zorgden baarde.<sup>8</sup> Guantánamo Bay is voor velen het toppunt van deze ontwikkeling, het symbool van de controverse rond de War on Terror. Het afwijken van de principes van de Geneefse Conventies, die al sinds 1948 de basis vormen voor het internationaal humanitair oorlogsrecht, heeft het imago van de Verenigde Staten, als voorvechter van de *rule of law*, geen goed gedaan. De manier waarop de bestaande regels zijn opgerekt en genegeerd is niet onopgemerkt gebleven en de oorlog tegen het terrorisme wordt vandaag de dag door velen niet als een legitieme oorlog gezien.

President George W. Bush heeft veel kritiek gekregen op zijn aanpak tijdens de oorlog. Toen Barack Obama van start ging met zijn verkiezingscampagne, was dan ook duidelijk te zien hoe hij zich afzette tegen het beleid van de voorgaande regering, dat hij omschreef als een afdwaling van de Amerikaanse waarden.<sup>9</sup> Het detentiecentrum in Guantánamo Bay stond symbool voor deze afdwaling en moest volgens Obama zo snel mogelijk gesloten worden. De dag na zijn inauguratie tekende hij dan ook voor de sluiting van het detentiecentrum. Dit bleek echter meer voeten in de aarde te hebben dan hij had voorzien. Er was weinig steun vanuit het Congres en de beslissing werd vanuit verschillende kanten tegengewerkt. Hoewel er al jaren geen nieuwe gevangenen meer naar Guantánamo Bay verplaatst worden, is het detentiecentrum tot op heden niet gesloten. De verregaande

---

<sup>8</sup> C. Layne, 'The unbearable lightness of soft power', in: M. Cox en I. Parmar (ed.), *Soft power and US foreign policy, theoretical, historical and contemporary perspectives* (New York 2010) 51-82, 51.

<sup>9</sup> Obama's Speech van 21 mei 2009. Te vinden op: A. Worthington, 'Transcript Of President Obama's Speech About Guantánamo And Terrorism' (versie 21 mei 2009), <http://www.andyworthington.co.uk/2009/05/21/transcript-of-president-obamas-speech-about-Guantánamo-and-terrorism-may-21-2009/#sthash.68KvDnPh.dpuf> (18 februari 2014).

verhoortechnieken die onder Bush zijn goedgekeurd zijn inmiddels verboden, maar nog steeds zitten gevangenen zonder juridisch proces voor onbepaalde tijd vast.

## Het debat

De controverse rond het detentiecentrum in Guantánamo Bay komt voort uit het feit dat de Verenigde Staten de keuze hebben gemaakt de Geneefse Conventies naast zich neer te leggen, een beslissing die een stroom aan kritiek heeft opgeleverd. De regering Bush heeft het detentiecentrum in Guantánamo Bay veelvuldig moeten verdedigen. Het leidende argument was dat de gang van zaken niet in strijd was met internationale oorlogswetgeving. Zo zou de Derde Geneefse Conventie simpelweg niet toepasbaar zijn op de gevangenen van de War on Terror en zouden de uitzonderlijke omstandigheden vragen om uitzonderlijke maatregelen.<sup>10</sup> Het debat dat rond dit onderwerp plaatsvindt concentreert zich dan ook met name op de juridische kant van het verhaal, rond de vraag in hoeverre de afwijking van de Geneefse Conventies legitiem is. Het is belangrijk dit debat in ogenschouw te nemen, aangezien de legitimatie van het detentiecentrum in Guantánamo Bay nauw samenhangt met dit debat. Er is een goede weergave van dit debat nodig om de legitimatie tegen af te zetten.

In verreweg de meeste literatuur wordt bepleit dat de afwijking van Geneefse Conventies, die heeft geleid tot het detentiecentrum in Guantánamo Bay, niet legitiem is. Er zijn een aantal argumenten leidend voor dit standpunt. Hoewel de Amerikaanse regering volhoudt dat het de Geneefse Conventies niet heeft geschonden, zijn er een groot aantal argumenten die dit tegenspreken. Een van de belangrijkste hiervan is dat de gevangenen recht hebben op een POW-status tenzij een competent tribunaal anders bepaalt. Dit staat beschreven in Artikel 5 van de Derde Geneefse Conventie en het betekent dat elke gevangene direct een POW-status dient te krijgen. Deze status kan later eventueel aangevochten worden, maar kan niet op voorhand ontkend worden. Het feit dat de Verenigde Staten in dit geval de POW-status bij voorbaat uitsloten voor een grote groep gevangenen, was volgens critici niet legitiem. Omar Akbar beschreef dit in zijn artikel ‘Losing Geneva at Guantánamo Bay’.

---

<sup>10</sup> CNN, ‘Bush says no POW status for detainees’, (versie 28 januari 2002) <http://edition.cnn.com/2002/US/01/28/ret.wh.detainees/> (17 februari 2014).

...the U.S. government is in violation of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. According to the Convention, the Taliban and al-Qaida detainees are entitled to a presumption of POW immunity until a competent tribunal determines their status on an individualized basis. Furthermore, if properly interpreted, the Geneva Convention would bring at least some of the detainees, after a tribunal determination, within its protection. If some detainees are determined by the tribunals to be civilians who unlawfully took up arms against the United States, those detainees have the right to habeas corpus in the federal courts. Most important, if the executive branch continues to deny the detainees their status under the Convention, the judiciary should not shy away from ruling executive conduct to be inconsistent with the Convention. Interpretation and application of the Convention is not a political question outside the province of the courts of the United States.<sup>11</sup>

Het idee dat het legitiem is om gevangenen uit te sluiten van bescherming van de Geneefse Conventies, zou berusten op een verkeerde interpretatie van de Conventies. Zo beschrijft Erin Chlopak in haar artikel 'Dealing with the Detainees at Guantánamo Bay: Humanitarian and Human Rights Obligations under the Geneva Conventions' dat het lijkt alsof de Verenigde Staten de wettelijke verplichtingen onder de Conventies verkeerd hebben geïnterpreteerd.<sup>12</sup> Dit is volgens Chlopak extra zichtbaar doordat de Verenigde Staten wel de toepasbaarheid van de Conventies hebben erkend met betrekking tot Taliban gevangenen, maar vervolgens alle gevangenen van een POW-status uitsloten.<sup>13</sup> Chlopak is van mening dat de verplichtingen die gepaard gaan met het ondertekenen van de Conventies duidelijk zijn omschreven. Alle gevangenen dienen behandeld te worden volgens de bepalingen in de Derde Conventie, tot het moment dat een competent tribunaal anders beslist.<sup>14</sup>

Dit idee van een onopzettelijke verkeerde interpretatie wordt niet door iedereen ondersteund. Veel critici zijn van mening dat de Amerikaanse regering bewust heeft gezocht naar mazen in de internationale verdragen, naar manieren om de verdragen naast zich neer te leggen zonder daarbij strafbaar te zijn. David Rose is één van deze critici. In zijn boek *Guantánamo. America's War on Human Rights* (2004) spreekt hij zich sterk uit tegen het beleid van de Verenigde Staten.<sup>15</sup> Volgens Rose is het geen misinterpretatie, maar een bewuste keuze om deze oorlog te voeren op basis van nieuwe regels.<sup>16</sup> Hij ziet een trend in

---

<sup>11</sup> O. Akbar, 'Losing Geneva in Guantánamo Bay', *Iowa Law Review* 89 (2003-2004) 195-234, 199.

<sup>12</sup> E. Chlopak, 'Dealing with the Detainees at Guantánamo Bay: Humanitarian and Human Rights Obligations under the Geneva Conventions', *Human Rights Brief* 9 (2002) 6-9, 6.

<sup>13</sup> Chlopak, 'Dealing with the Detainees at Guantánamo Bay', 6.

<sup>14</sup> *Ibidem*, 9.

<sup>15</sup> D. Rose, *Guantánamo. America's War on Human Rights* (Londen 2004).

<sup>16</sup> Rose, *Guantánamo*, 9.

het afstappen van internationale verdragen. ‘What is clear is that at every location in the global war on terror, from Washington DC to Afghanistan, previous restraints on the treatment of prisoners were being reconstricted, and in significant ways abandoned’, zegt hij stellig.<sup>17</sup> Rose is van mening dat de Amerikaanse regering doelbewust heeft gezocht naar een constructie waarbij zij niet belemmerd werd door internationale verdragen. In het geval van Guantánamo Bay is dit niet een geheel onlogische redenatie. De verklaring van de Amerikaanse regering is dat de gevangenen simpelweg niet voldoen aan de criteria die de Derde Geneefse Conventie stelt voor een POW-status. Zij plaatsen de beslissing hiermee buiten henzelf. Toch zijn er documenten waarin zichtbaar is dat het niet toekennen van een POW-status een bewuste en weloverwogen keuze is geweest. Verschillende auteurs sluiten zich dan ook bij de stelligheid van Rose aan, zo zegt de Britse *Law Lord* Johan Steyn:

The purpose of holding prisoners at Guantánamo Bay was and is to put them beyond the rule of law, beyond the protections of any courts, and at the mercy of the victors. The procedural rules do not prohibit the use of force to coerce prisoners to confess. On the contrary, the rules expressly provide that statements made by a prisoner under physical and mental duress are admissible ‘if the evidence would have value to a reasonable person’, ie, military officers trying enemy soldiers. At present we are not meant to know what is happening at Guantánamo Bay. But history will not be neutered.<sup>18</sup>

Hoewel het grootste deel van de critici die bepleit dat de afwijking van de Geneefse Conventie niet legitiem is, juridische argumenten aanvoert, is er ook een groep die de casus vanuit een andere hoek benadert. Volgens hen is het afwijken van de Geneefse Conventies niet slechts een juridische aangelegenheid, maar eveneens een morele. Ook op ethisch niveau zou het afstappen van de Geneefse Conventies niet legitiem zijn. Zo bepleit Clark Butler in de bundel *Guantánamo Bay and the Judicial-Moral Treatment of the Other* (2007) bijvoorbeeld dat het niet naleven van de Conventies niet slechts niet-legitiem is, maar eveneens getuigt van

---

<sup>17</sup> Rose, *Guantánamo*, 90.

<sup>18</sup> J. Steyn, ‘Guantánamo Bay: The Legal Black Hole’, *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004) 1-15, 8.

Eerder verschenen als toespraak van Johan Steyn tijdens de 27<sup>e</sup> FA Mann Lecture op 25 november 2003. J.

Steyn, ‘Guantánamo Bay: The legal black hole’ (versie 25 november 2003)

<http://www.statewatch.org/news/2003/nov/Guantánamo.pdf> (19 februari 2014).

De FA Mann Lecture is een evenement georganiseerd door Herbert Smith Freehills en het British Institute of International and Comparative Law. Het is een belangrijk evenement in de Londense juridische sector en trekt elk jaar vele toeschouwers.

een moreel falen.<sup>19</sup> De Verenigde Staten houden zich volgens hem niet aan de fundamentele waarden die zij lange tijd hebben uitgedragen.<sup>20</sup> Ook William Durland geeft in dezelfde bundel aan dat hij van mening is dat Guantánamo Bay een onderdeel is van een groter geheel van afstappen van bepaalde normen en waarden, beginnend bij de introductie van de Patriot Act.<sup>21</sup> Jennifer Caseldine-Bracht voegt daaraan toe dat de argumenten die de Amerikaanse regering gebruikt om het ontkennen van een POW-status te verantwoorden, weinig overtuigend zijn. Het feit dat Al Qaeda het internationaal humanitair oorlogsrecht had geschonden, door een heilige oorlog te verklaren en burgers aan te vallen, werd gebruikt als rechtvaardiging om de gevangenen hun rechten te ontzeggen.<sup>22</sup> Zij zouden deze rechten hebben verspild door het oorlogsrecht op zo'n grootschalige manier te schenden. Caseldine-Bracht zet zich af tegen deze 'oog om oog, tand om tand'-redenering. 'We live in a moment in history when we shall be judged by how well we handle the balance between safety and human rights at home and abroad', maar zij ziet het somber in. 'It seems that respect for international human rights and civil liberties cannot be ensured until we ensure our safety'.<sup>23</sup>

Hoewel de critici in de meerderheid zijn, zijn er ook mensen die bepleiten dat de afwijking van de Geneefse Conventie door de Verenigde Staten in dit geval legitiem is. Een van de argumenten die zij aandragen is dat het vasthouden van gevangenen in oorlogstijd rechtmatig en gebruikelijk is. Ook zouden deze gevangenen lang niet altijd behandeld worden volgens de bepalingen van de Geneefse Conventies. Zo bepleit John Allenburg in het artikel 'Just Three Mistakes' dat de kritiek die de Verenigde Staten ontving met name veroorzaakt werd door slechte voorlichting over internationale wetgeving.<sup>24</sup> Het vasthouden van gevangenen tot de oorlog beëindigd is, druist volgens hem niet in tegen de Geneefse Conventies en evenmin tegen het gebruikelijke handelen. Om dit aan te tonen haalt Allenburg het voorbeeld aan van Amerikaanse soldaten die als oorlogsgevangenen werden vastgehouden in Noord-Vietnam ten tijde van de Vietnamoorlog. De Amerikaanse soldaten werden niet behandeld volgens de beginselen van het internationaal humanitair oorlogsrecht, maar dit was geen reden voor de Amerikaanse regering om stappen te ondernemen om de soldaten terug te

---

<sup>19</sup> C. Butler (ed.), *Guantánamo Bay and the Judicial-Moral Treatment of the Other* (West Lafayette 2007) 3.

<sup>20</sup> Butler, *Guantánamo Bay and the Judicial-Moral Treatment of the Other*, 3.

<sup>21</sup> W. Durland, 'American Treatment of Detainees and the U.S. Supreme Court', in: C. Butler (ed.), *Guantánamo Bay and the Judicial-Moral Treatment of the Other* (West Lafayette 2007) 33-51, 35.

<sup>22</sup> J. Caseldine-Bracht, 'Security, Civil Liberties, and Human Rights: Finding a Balance', in: C. Butler (ed.), *Guantánamo Bay and the Judicial-Moral Treatment of the Other* (West Lafayette 2007) 52-65, 53.

<sup>23</sup> Caseldine-Bracht, 'Security, Civil Liberties, and Human Rights: Finding a Balance', 52.

<sup>24</sup> J. Allenburg, 'Just Three Mistakes. The Bush Administration's War on Terror', *Case Western Reserve Journal of International Law* 42 (2009-2010) 11-20, 15.

vorderen. De Amerikaanse regering gaf enkel aan dat zij verwachtte dat de soldaten met respect behandeld zouden worden en uitgeleverd zouden worden als de oorlog beëindigd was.<sup>25</sup> Allenburg meent dat het vasthouden van de gevangenen niet in strijd is met internationale oorlogswetgeving of het gebruikelijke handelen. Wel is hij van mening dat het negeren van Artikel 5 van de Derde Geneefse Conventie een slechte beslissing was. Hij omschrijft het negeren hiervan echter niet direct als niet-legitiem, maar is van mening dat het naleven van dit Artikel tot minder kritiek had geleid, zowel op het internationale toneel als van het Amerikaanse publiek.<sup>26</sup>

Kyndra Rotunda gaat een stap verder en claimt in haar artikel ‘Applying Geneva Convention Principles to Guantánamo Bay’ niet alleen dat de Verenigde Staten de gevangenen wel degelijk volgens de Geneefse Conventies behandelen, maar dat de behandeling zelfs beter is dan de Conventie voorschrijft. ‘The United States adheres to, and even exceeds, Geneva Convention principles in Guantánamo Bay’, zo eindigt zij haar betoog.<sup>27</sup> Rotunda is van mening dat de Amerikaanse regering meer ‘robuuste’ procedures heeft aangenomen voor de Artikel 5 tribunalen, zo zou er meer ruimte zijn voor religieuze accommodatie dan de Conventie voorschrijft en volgen er geen disciplinerende maatregelen voor gevangenen die weigeren de regels na te leven.<sup>28</sup> Wat in de gaten moet worden gehouden is dat dit laatste artikel enkel refereert aan de latere periode, waarin er al aardig wat concessies waren gedaan en de omstandigheden van de gevangenen beduidend beter was dan in het begin het geval was. Het analyseren van enkel deze periode geeft een vertekend beeld van de situatie.

De discussie gaat echter niet alleen over het vasthouden van de gevangenen, waar Allenburg de nadruk op legt, maar met name over de behandeling die zij krijgen. Zoals Allenburg aangeeft, benadrukte de Amerikaanse regering dat zij verwachtte dat de soldaten met respect behandeld zouden worden. Noord-Vietnam had de Geneefse Conventies ondertekend en de Amerikaanse gevangenen werden geclassificeerd als POWs. Dit betekende absoluut niet dat de Derde Conventie altijd werd nageleefd, maar er is wel degelijk een verschil met het geheel voorbij gaan aan de Conventie. Ten tijde van de Vietnamoorlog werd het kader van internationale wetgeving wellicht niet altijd nageleefd, maar wel erkend. Er waren richtlijnen, en daarmee bestond het risico van strafbaarheid bij het schenden hiervan. In

---

<sup>25</sup> Allenburg, ‘Just Three Mistakes’, 15.

<sup>26</sup> Ibidem, 17.

<sup>27</sup> K. Rotunda, ‘Applying Geneva Convention Principles to Guantánamo Bay’, *University of Richmond Law Review* 43 (2009)1067-1090, 1090.

<sup>28</sup> Rotunda, ‘Applying Geneva Convention Principles to Guantánamo Bay’, 1090.



de situatie die de Verenigde Staten heeft gecreëerd ontbreekt het aan een kader en daardoor eveneens aan richtlijnen en strafbaarheid. Dit maakt de situaties niet geheel vergelijkbaar.

Volgens vele auteurs is er niets nieuws onder de zon, mishandeling en marteling tijdens een oorlog zijn geen zeldzaam fenomeen. Zij bepleiten dat het wellicht niet legitiem is, maar dat het minder ongebruikelijk is dan nu wordt voorgedaan. De Geneefse Conventies vormen de spelregels, maar deze worden lang niet altijd gehoorzaamd. In het artikel 'Outrages Against Personal Dignity: Rationalizing Abuse and Torture in the War on Terror' geven Clayton Mosher en Gregory Hooks aan dat er in deze oorlog echter wel degelijk een heel groot verschil is. 'There have been documented cases of prisoners abuse in each war that the United States have fought. However, the Bush administration is unique for formally embracing this abuse and for conferring on the president the authority to set aside the Geneva Conventions if he sees fit', zo bepleiten zij.<sup>29</sup>

Het detentiecentrum in Guantánamo Bay is niet enkel onderzocht door deskundigen op juridisch gebied en op het gebied van sociale wetenschappen, maar ook door grotere internationale organisaties. Zij sluiten zich in de meeste gevallen aan bij het standpunt dat de afwijking van de Geneefse Conventies door de Verenigde Staten niet legitiem is. Zo heeft de Raad van Europa, de leidende Europese organisatie met betrekking tot mensenrechten waar 47 lidstaten bij aangesloten zijn, in 2007 een rapport gepubliceerd waarin zij de situatie onder de loep nam. Het rapport, genaamd 'Guantánamo: Violation of Human Rights and International Law?' bestaat uit twee delen. Het eerste deel behandelt de detentie door de Verenigde Staten in Guantánamo Bay en is opgesteld door de Parlementaire Vergadering. Het tweede deel is samengesteld door de Europese Commissie voor Democratie door Recht en gaat in op de vraag of er verdere ontwikkeling nodig is in de Geneefse Conventies. In het rapport wordt duidelijke taal gesproken.

In this report the Assembly deplores the fate and the treatment of persons, including minors, being held in Afghanistan or Guantánamo Bay, whom the United States designates as "unlawful combatants". The Assembly believes that these persons should be considered "prisoners of war" or, at least, the United States should allow a "competent tribunal", within the meaning of the Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, to determine their status. The prisoners rights are in no way guaranteed.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> G. Hooks en C. Mosher, 'Outrages Against Personal Dignity: Rationalizing Abuse and Torture in the War on Terror', *Social Forces* 83 (2005) 1627-1645, 1628.

<sup>30</sup> Council of Europe Publishing, *Guantánamo: A Violation of Human Rights and International Law?* (Strasbourg Cedex 2007) 7.

Ook andere internationale organisaties zoals Amnesty International en Human Rights Watch spraken hun bezorgdheid en kritiek uit.<sup>31</sup>

Het debat wordt gedomineerd door critici die van mening zijn dat het detentiecentrum in Guantánamo Bay geen legitieme afwijking is van internationale verdragen. Hiervoor worden overwegend juridische argumenten gegeven. Volgens de critici zijn de Verenigde Staten gebonden aan de Geneefse Conventies en dienen de gevangenen een behandeling te krijgen die in lijn is met deze Conventies. Dit betekent dat zij een POW-status dienen te krijgen tenzij een competent tribunaal anders beslist. Het afstappen van bestaande verdragen zou niet juridisch te legitimeren zijn en het zou eveneens een breuk zijn met de historische gang van zaken. Daarnaast zijn een aantal critici van mening dat het getuigt van een moreel falen.

Tegenstanders zijn van mening dat nood wet breekt en dat de terroristen het recht op een behandeling volgens de Geneefse Conventies verspild hebben. Daarnaast zou het vasthouden van gevangenen in oorlogstijd geen schending zijn van internationale verdragen, en evenmin van historisch gebruik. De argumenten die deze laatste groep aanlevert zijn echter weinig overtuigend, wat terug te zien is in de geringe bijval die zij krijgen.

Het brengt de nodige onrust met zich mee als een land als de Verenigde Staten, met een uitzonderlijke status op het internationale toneel, internationale verdragen negeert. Waar er op een klein land druk kan worden uitgeoefend, bijvoorbeeld door economische sancties of boycot, is dit bij een land als de Verenigde Staten een stuk moeilijker, met name door economische en politieke afhankelijkheid van andere staten. In een wereldsysteem waarin er geen overkoepelend en corrigerend orgaan is, geven internationale verdragen een vorm van stabiliteit en zekerheid. Het feit dat de meest machtige natie, die zich ook nog eens lange tijd heeft geprofileerd als toonbeeld van de liberale democratie, de keuze maakt af te stappen van gemaakte afspraken, schept onzekerheid. Met betrekking tot het afwijken van de Geneefse Conventies hebben een aantal onderzoekers dan ook de angst geuit dat dit zal leiden tot

---

<sup>31</sup> Op 15 april 2002 zond Amnesty International een brief en een Memorandum genaamd ‘Memorandum to the US Government on the rights of people in US custody in Afghanistan and Guantánamo Bay’ aan zowel president Bush als Rumsfeld. Hierin sprak zij haar bezorgdheid uit over de omstandigheden van de gevangenen en het gebrek aan onderzoek naar vermeende mishandeling. Te vinden op: Amnesty International, ‘Memorandum to the US Government on the rights of people in US custody in Afghanistan and Guantánamo Bay’ (versie 14 april 2002), <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR51/053/2002> (2 december 2014).

Op 27 december 2002 zond Human Rights Watch een brief naar president Bush waarin zij de president oproep een onderzoek in te stellen naar de vermeende mishandelingen. Te vinden op: Human Rights Watch, ‘United States: Reports of Torture of Al-Qaeda Suspects’ (versie 27 december 2002), <http://www.hrw.org/news/2002/12/26/united-states-reports-torture-al-qaeda-suspects> (2 december 2014).

erosie van het internationaal humanitair oorlogsrecht. Lisa Hajjar spreekt dit in haar artikel 'From Nuremberg to Guantánamo: International Law and American Power Politics' echter tegen. 'The eulogies are premature', zegt zij. 'The enduring relevance of international law is apparent in the fact that even the unilateralists in the Bush administration continue to seek legal legitimation for their action – because they need it. The issue is not whether international law will survive the war on terror, but how it will be made, interpreted and used in the future.'<sup>32</sup>

### **De relevantie van een historische benadering**

De meeste deskundigen sluiten zich aan bij de visie dat het voor onbepaalde tijd vasthouden van gevangenen in Guantánamo Bay zonder juridisch proces, een niet-legitieme afwijking van de Geneefse Conventies is. De Verenigde Staten hebben dit echter veelal tegengesproken, met name de regering Bush. Zij hebben getracht de beslissing op verschillende manieren te legitimeren, wellicht om hun reputatie als natie die de *rule of law* hoog in het vaandel heeft staan te waarborgen. Deze legitimatie is geen onontgonnen terrein, maar veelal bekeken vanuit juridisch oogpunt. Hierbij is met name onderzocht of de juridische legitimatie stand houdt of niet. Dit onderzoek zal echter een andere invalshoek hebben. Het zal niet zozeer kijken naar de jurisdictie achter de verklaring, maar naar de sociale constructie van deze verklaring zelf. De nadruk zal liggen op de legitimatie zelf, en de functie daarvan op het internationale toneel. De probleemstelling zal luiden: Hoe heeft de regering Bush het detentiecentrum op Guantánamo Bay, en daarmee de afwijking van de Geneefse Conventies, gelegitimeerd in 2002 en in 2004? De keuze voor deze twee jaartallen is gebaseerd op hun mate van belangrijkheid. In 2002 werd het detentiecentrum geopend, waarbij de legitimatie direct een grote rol speelde. In 2004 kwamen de mishandelingen die hadden plaatsgevonden in de Abu Ghraibgevangenis aan het licht, wat een turbulent jaar inluidde voor de regering Bush. Legitimatie was nu harder nodig dan ooit. Met betrekking tot deze twee jaartallen zal er gekeken worden naar welke legitimatie er gebruikt is en welk doel deze legitimatie dient.

De toevoeging die de historicus in dit debat kan hebben is het plaatsen van de ontwikkelingen in een groter geheel. Binnen de internationale samenleving hebben regels en

---

<sup>32</sup> L. Hajjar, 'From Nuremberg to Guantánamo: International Law and American Power Politics', *Middle East Report* 229 (2003) 8-15, 13.

wetten een geheel andere rol dan binnen de nationale samenleving. Binnen een staat of natie kunnen regels en wetten afgedwongen worden door de overheid, door middel van consequenties bij niet naleving van de gemaakte afspraken. Op het internationale toneel ligt dit echter een stuk moeilijker. Het VN Handvest wordt veelal gezien als de ‘grondwet’ van de Verenigde Naties. De landen die het Handvest ondertekend hebben zijn verplicht zich te houden aan de bepalingen die hierin beschreven staan. Toch is met name deze vrijwillige ondertekening een groot verschil met een nationale grondwet, die van bovenaf opgelegd wordt. Op internationaal niveau is er sprake van afspraken die worden vastgelegd in conventies en verdragen.

Daniel Philpott omschrijft in zijn boek *Revolutions in Sovereignty* deze regels en afspraken als een set van normen waar de leden gemeenschappelijke overeenstemming over hebben bereikt.<sup>33</sup> De regels worden gerespecteerd door landen die machtig genoeg zijn om ze te schenden. Staten maken de keuze zich aan deze regels te houden. Dat maakt internationale verdragen fundamenteel anders dan nationale wetten, die niet uit vrije keuze worden nageleefd maar van bovenaf opgelegd worden.

Binnen de sociale wetenschappen wordt een norm omschreven als een gedragsregel, ontstaan uit gedeelde onderliggende waarden waarover veelal consensus bestaat. Martha Finnemore omschrijft in haar boek *National Interest in International Society* een norm als ‘shared expectations about appropriate behavior held by a community of actors. Unlike ideas which might be held privately, norms are shared and social; they are not just subjective but intersubjective. Ideas may or may not have behavioral implications; norms by definition concern behavior. One could say that they are collectively held ideas about behavior.’<sup>34</sup> Deze gedragsregel kan formeel of informeel zijn, vastgelegd in rechtsregels of niet. Het is een regel waarin vastgelegd is wat sociaal acceptabel is en wat niet. Het niet naleven van een bestaande norm heeft dan ook met name sociale gevolgen. Het heeft consequenties voor de sociale status en kan leiden tot onpopulariteit of uitsluiting. Bestaande normen reguleren op deze manier sociaal gedrag.

De Geneefse Conventies zijn het schoolvoorbeeld van wat Philpott een internationale norm noemt. Zij zijn uitzonderlijk omdat zij zo breed gedragen zijn, de vier Conventies zijn door elke staat ondertekend. Doordat elk land zich vrijwillig aan deze regels heeft gebonden, en deze regels in het verleden ook veelal zijn nageleefd, mag gezegd worden dat de Geneefse

---

<sup>33</sup> D. Philpott, *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations* (Princeton 2001) 12.

<sup>34</sup> M. Finnemore, *National Interest in International Society* (Ithaca 1996) 22-23.

Conventies een internationale norm vormen. Afwijking van deze norm, wat de Verenigde Staten onder andere met het detentiecentrum in Guantánamo Bay hebben gedaan, is niet gebruikelijk, zeker niet voor een westerse liberale democratie. Hierdoor is dit niet enkel een juridisch vraagstuk, maar eveneens een normatief vraagstuk. De Geneefse Conventies zijn ontstaan vanuit de visie dat bepaald gedrag, ook in tijden van oorlog, moreel verwerpelijk is. Het feit dat alle landen de Conventies ondertekenden geeft aan dat hier consensus over bestond en nog steeds bestaat. Het feit dat de Verenigde Staten zich verplicht voelen een legitimatie geven voor het afwijken van de Geneefse Conventies laat zien dat ook zij inzien dat dit de norm is. Als er geen sprake was geweest van een norm, was een legitimatie overbodig geweest.

De Verenigde Staten hebben Guantánamo Bay en de behandeling van gevangenen aldaar, veelal gelegitimeerd met juridische termen. De Derde Geneefse Conventie zou de gevangenen niet classificeren als krijgsgevangenen. Zij zouden niet voldoen aan de criteria die aan een POW-status verbonden waren, zoals het behoren tot een nationaal leger en het openlijk dragen van wapens en uniformen. Hierdoor zou de Geneefse Conventie niet toepasbaar zijn, waardoor zij ook geen bescherming zouden kunnen genieten van deze Conventie. Wellicht is er een verklaring mogelijk waarin deze beslissing op juridisch niveau te legitimeren is, maar dat neemt niet weg dat er ook op normatief niveau een verklaring nodig is. De Conventies zijn een juridische vastlegging van internationale normen, dit betekent dat er bepaalde waarden *vooraf* zijn gegaan aan de juridische vastlegging. De norm was al gebruikelijk vóór de juridische vastlegging ervan, anders zou er geen sprake zijn van een internationale norm en internationale consensus op dit gebied. Een norm kan immers pas als zodanig omschreven worden als dit gedrag gebruikelijk is en in de meeste gevallen wordt nageleefd of toegepast. Juridische vastlegging is bedoeld om uitzonderingen te voorkomen, niet om een geheel nieuwe gedragscode uit te vinden. Het afwijken van dit soort conventies is hiermee niet enkel het afwijken van een juridische afspraak, maar ook het afwijken van sociaal geaccepteerd gedrag. Hierdoor is het logisch dat enkel een juridische legitimatie niet afdoende is. Om de legitimatie die de Verenigde Staten geeft voor het afwijken van de Geneefse Conventies goed in kaart te brengen, moet verder worden gekeken dan enkel het juridische standpunt dat de Verenigde Staten inneemt. Het vastbijten in juridische termen is nuttig, maar dekt niet de volledige lading. De Geneefse Conventies zijn niet enkel een juridische verhandeling, het zijn vastgelegde sociale normen. Het schenden of aan de kant zetten hiervan is dus eveneens niet enkel een juridische aangelegenheid, het is, wellicht nog wel meer, een sociale aangelegenheid.

Dit is waar de historicus in beeld komt. De historicus kan een bijdrage leveren aan het totaalbeeld door te laten zien dat dit niet enkel een juridische, maar ook een sociale en historische kwestie is. Door de afwijking van de Geneefse Conventies te bekijken als een historische ontwikkeling krijgt het vraagstuk een nieuwe dimensie die achterwege zou blijven bij een enkel juridische benadering. Het plaatst de ontwikkeling in een breder kader, doordat het laat zien in hoeverre de gebeurtenis uitzonderlijk is en in welke mate het van de bestaande norm afwijkt.

De relevantie van dit vraagstuk ligt in de toevoeging die het kan bieden aan het lopende debat. Hoewel de legitimatie van Guantánamo Bay geen onontgonnen terrein is, zal een historische analyse een meer compleet overzicht geven van deze legitimatie. Het zal de legitimatie in een lijn kunnen plaatsen waardoor er een duidelijker beeld ontstaat van de ontwikkeling en het verloop ervan. Het geeft een meer algeheel beeld van de casus, maar kan daarnaast ook een toevoeging bieden aan de bredere discussie over het gedrag van staten op het internationale toneel.

## **Methode en overzicht**

De probleemstelling van dit onderzoek luidt als volgt: Hoe heeft de regering Bush het detentiecentrum op Guantánamo Bay, en daarmee de afwijking van de Geneefse Conventies, gelegitimeerd in 2002 en in 2004? Om antwoord te kunnen geven op deze hoofdvraag zullen er een aantal stappen gezet moeten worden. Allereerst is het belangrijk een historisch kader te schetsen. Hierin zal beschreven worden hoe het detentiecentrum tot stand is gekomen, waarbij de overeenkomst met Cuba, die heeft geleid tot de Amerikaanse basis in Guantánamo Bay, van belang zal zijn, evenals de eerdere functies van de basis. Hiervoor zal met name gebruik worden gemaakt van literatuur over het verleden van de basis. Deze uiteenzetting zal het eerste hoofdstuk omvatten.

Het tweede hoofdstuk zal zich toespitsen op de Geneefse Conventies. Hier wordt omschreven wat de Conventies precies inhouden en hoe zij in het verleden zijn nageleefd. Daarbij zal duidelijk worden wat de gebruikelijke gang van zaken is in oorlogstijd. Dit wordt vergeleken met de casus van het detentiecentrum in Guantánamo Bay, waardoor er een helder beeld zal ontstaan van de manier waarop de Amerikaanse regering is afgeweken van de

Geneefse Conventies en van de bestaande normen. Voor dit hoofdstuk zijn de belangrijkste bronnen uiteraard de Geneefse Conventies zelf. Daarnaast zal historische literatuur over het gedrag van de Verenigde Staten in eerdere oorlogen nuttige informatie bieden. Dit hoofdstuk schetst een overkoepelend beeld van kritiek op deze afwijking van de Geneefse Conventies. Dit is van groot belang, aangezien de kritiek die de Amerikaanse regering op deze beslissing kreeg uiteraard effect had op de legitimatie die zij aanvoerde. Voor deze informatie zullen kranten geraadpleegd worden, maar ook belangrijke rapporten van internationale organisaties, zoals het International Committee of the Red Cross (ICRC).

Het derde hoofdstuk spitst zich toe op de legitimatie van het detentiecentrum in 2002, toen het voor het eerst in gebruik werd genomen. Om deze legitimatie helder te krijgen, zullen overheidsdocumenten bestudeerd worden. Deze bestaan uit speeches en toespraken, maar ook uit briefings van het Amerikaanse Ministerie van Defensie en nieuwstranscripten. Voor deze selectie is het digitale archief van zowel het Witte Huis als het Ministerie van Defensie geraadpleegd. Voor beide archieven zijn alle documenten uit 2002, waarin Guantánamo Bay genoemd werd, bekeken en is er een selectie gemaakt van de meest relevante stukken. Op basis hiervan zal een goedgefundeerde conclusie kunnen worden getrokken over de manier waarop de Amerikaanse regering heeft getracht het detentiecentrum te legitimeren in 2002. Naast deze legitimatie zullen er eveneens artikelen gebruikt worden die een interpretatie geven van deze legitimatie.

Voor 2004 geldt dezelfde aanpak, alleen behoeft dit vierde hoofdstuk ook een aantal andere bronnen. In 2004 werd duidelijk dat er sprake was geweest van grove mishandeling in de Abu Ghraibgevangenis. Amerikaanse soldaten zouden gevangenen gemarteld hebben, in sommige gevallen tot de dood erop volgde. De foto's die hierbij bekend werden gemaakt waren schokkend. Het was reden tot grootschalig onderzoek, waarbij duidelijk werd dat het niet ging om een exces, maar om een structureel probleem dat eveneens betrekking had op Guantánamo Bay. Naast de archieven van het Witte Huis en het Ministerie van Defensie, zal er voor dit hoofdstuk gebruik worden gemaakt van overheidsdocumenten die betrekking hebben op ondervragingstechnieken. Deze documenten zijn uitgelekt onder de weinig flatterende naam 'the Torture Memo's'. Bestudering van deze memo's zal noodzakelijk zijn voor een duidelijk beeld. Om de reacties op het schandaal in kaart te kunnen brengen zullen krantenartikelen en artikelen uit tijdschriften gebruikt worden, evenals rapporten van organisaties als Amnesty International en Human Rights Watch. Op deze manier zal helder worden op welke manier de regering in 2004 het detentiecentrum heeft getracht te legitimeren

en hoe deze legitimatie ontvangen werd. Ook dit hoofdstuk zal aangevuld worden met artikelen die een interpretatie geven van de legitimatie.

Na deze twee onderzoeken zal er geëindigd worden met een concluderende analyse. In deze conclusie zal er antwoord worden gegeven op de hoofdvraag.



# Van vluchtelingenkamp tot detentiecentrum

---

Om de geschiedenis van het detentiecentrum in Guantánamo Bay, ook wel ‘Gitmo’ genoemd, te beschrijven moeten we terug naar het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw. De moderne geschiedenis van de basis begint in 1898. Op dat moment was het in verval geraakte Spaanse rijk in oorlog met de opkomende Verenigde Staten. Reden hiervoor was de steun die de Amerikanen gaven aan de Cubaanse opstandelingen, die zich afzetten tegen de overheersing van de Spaanse kolonisator en een onafhankelijk Cuba wilden. In de ogen van de Amerikanen had het kolonialisme afgedaan, de Cubanen hadden recht op een onafhankelijk Cuba. De Verenigde Staten dreigden militair in te grijpen als de Spaanse overheerser zijn troepen niet terug zou trekken van Cubaans grondgebied. Het Spaanse rijk weigerde, waarmee het Amerika de oorlog verklaarde. Het was niet bepaald een spannende strijd, de Verenigde Staten versloegen het verzwakte Spaanse rijk en veroverden de Spaanse kolonies, waaronder de Filippijnen en Cuba.

## Het leasecontract met Cuba

Al snel werd er vrede gesloten en in 1903 trokken de Amerikaanse troepen zich terug van het Cubaanse grondgebied. Cuba was hierna formeel onafhankelijk, al was dit wel een onafhankelijkheid die sterk in de gaten gehouden werd door de Verenigde Staten. De nieuwe regering van Cuba had als voorwaarde voor de Amerikaanse terugtrekking het Platt Amendement moeten ondertekenen, opgesteld door de Amerikaanse president Theodore Roosevelt (1858-1919). In dit amendement werd het recht van de Amerikanen om in te grijpen bij Cubaanse binnenlandse aangelegenheden vastgelegd. Daarnaast gaf het de Verenigde Staten het recht een basis te houden voor de US Navy in Guantánamo Bay.<sup>35</sup> Het gebruik van deze basis door de Amerikanen werd vastgelegd als een lease. Voor een minimaal

---

<sup>35</sup> Stafford Smith, *Bad Men*, 290.

bedrag van tweeduizend dollar per jaar, die door de Verenigde Staten in goud betaald diende te worden, mochten zij gebruik maken van een gebied van zo'n 116,5 vierkante kilometer Cubaans grondgebied. De lease werd beschermd door een clausule die opgenomen werd in de Cubaanse grondwet en was enkel op te heffen met instemming van beide partijen. In 1934 werd het Platt Amendement verwijderd uit de Cubaanse grondwet en werd de originele lease opgevolgd door een nieuwe overeenkomst. De voorwaarden bleven in de nieuwe overeenkomst vrijwel hetzelfde. Zowel toen als nu beperkt de lease de Verenigde Staten in het gebruik van het gebied, dat enkel als 'coaling or naval station' mag dienen.<sup>36</sup>

De Amerikaanse basis is door Cuba lang niet altijd met goedkeuring bekeken. Voor Fidel Castro was de Amerikaanse basis een doorn in het oog. Hij noemde de basis illegaal en 'a dagger plunged into Cuban soil'. Hij gaf dan ook aan nooit de strijd voor dit stuk grondgebied op te zullen geven. 'A base we are not going to take away by force, but a piece of land we will never give up.'<sup>37</sup> Om Cubaanse vluchtelingen die toegang zochten tot Amerikaanse grondgebied weg te houden bij de basis creëerde hij een 13 kilometer brede strook beplant met *Opuntia* cactussen langs het hek van de basis. Tijdens de Cubacrisis tilden de Verenigde Staten deze barrière naar een hoger niveau door de cactussen te vervangen door een gigantisch mijnenveld. Er werden zo'n 75.000 mijnen geplaatst in het grensgebied, wat ervoor zorgde dat het mijnenveld op Guantánamo Bay het grootste ter wereld was, op mijnvelden in Korea na.<sup>38</sup>

De moeilijkheden met de Cubaanse regering zorgden ervoor dat al snel het plan ontstond Guantánamo Bay zelfvoorzienend te maken. Al in 1964 zuiverde Gitmo zijn eigen water en tegenwoordig wordt praktisch alles op de basis gerecycled. Sinds 2005 wordt er gebruik gemaakt van windenergie. Daarnaast bestaan er strikte milieuwetten op de basis die het *wildlife* beschermen. Cynisch wordt weleens gezegd dat de reptielen op Guantánamo Bay meer rechten hebben dan de gevangenen. Als een soldaat een leguaan overrijdt kan hem dat tien jaar gevangenisstraf plus een boete van 10.000 dollar opleveren.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Stafford Smith, *Bad Men*, 291.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 291.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 292.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 292.

## Eerdere controversiële functie van de basis

Tot de jaren negentig werd het gebied met name gebruikt voor militaire training en stond het weinig in de belangstelling. Dit veranderde in 1991, toen het gebied gebruikt werd voor de opvang van vluchtelingen uit Haïti en voor het eerst in opspraak kwam. Volgens verschillende auteurs is dit de eerste keer dat er geëxperimenteerd werd met de wetteloosheid in Guantánamo Bay.<sup>40</sup>

De vluchtelingen crisis in Haïti vond plaats van 1991 tot 1994 en was het gevolg van twintig jaar opgebouwde politieke spanning. In september 1991 werd de democratisch verkozen president Jean-Bertrand Aristide afgezet middels een militaire coup. Deze coup ging gepaard met een bloedbad, waarbij aanhangers van de voormalige president massaal gemarteld en gedood werden. Zo'n 3.000 Haïtianen vonden de dood.<sup>41</sup> Het gevolg van de coup was een regering die voornamelijk bestond uit leden van de voormalige regering Duvalier. Jean-Claude Duvalier had, evenals zijn vader, een schrikbewind gevoerd waarbij er hardhandig werd opgetreden tegen tegenstanders. De coup leidde tot een massale uittocht van vluchtelingen. Binnen zes maanden onderschepte de US Coast Guard meer dan 38.000 Haïtianen die via de zee wateren trachtten naar de Verenigde Staten te vluchten. De regering Bush sr. moest een beslissing nemen over wat er met deze mensen moest gebeuren.<sup>42</sup>

In 1991 werd besloten de vluchtelingen uit Haïti op te vangen in Guantánamo Bay, een niet geheel onomstreden beslissing. Nicholas E. Reynolds geeft in het boek *A Skilfull Show of Strength* (2003) aan dat de Verenigde Staten Guantánamo Bay als een goede optie zagen. 'Guantánamo was nearby and had the advantage of providing a secure holding area without being in the territorial United States', legt hij uit.<sup>43</sup> Volgens Clive Stafford Smith, die het boek *Bad Men. Guantánamo Bay and the secret prisons* (2007) schreef, ging het verder dan enkel gemakzucht en hoopte de Verenigde Staten dat de unieke ligging van de basis een enorme beperking van de rechten van de Haïtianen zou rechtvaardigen. Het idee was dat het vasthouden van de vluchtelingen in Guantánamo Bay het makkelijker zou maken voor de Amerikaanse regering om hen een asielstatus te weigeren. Ook het onderscheppen van de vluchtelingen op zee was hierop gericht, aangezien zij die onderschept waren op zee aanzienlijk minder rechten genoten dan zij die zich reeds bevonden op Amerikaans

---

<sup>40</sup> Stafford Smith, *Bad Men*, 293.

<sup>41</sup> M. Ratner, 'How We Closed the Guantánamo HIV Camp: The Intersection of Politics and Litigation', *Harvard Human Rights Journal* 11 (1998) 187-220, 189.

<sup>42</sup> N. Reynolds, *A Skilfull Show of Strength. U.S. Marines in the Caribbean 1991-1996* (Washington 2003), 5.

<sup>43</sup> Reynolds, *A Skilfull Show of Strength*, 5. Geciteerd uit: MB Guantánamo Bay ComdC for 1991 (Marine Corps Historical Center), p. 18; BGen George H. Walls, Jr., 13Nov92 intvw (Oral History Collection, MCHC).

grondgebied.<sup>44</sup> Ook Michael J. Strauss, gespecialiseerd in territoriale leencontracten, geeft aan dat het debat over de wetgeving in Guantánamo Bay zijn oorsprong vindt in de kwestie rond Haïti in 1991 en dat het feit dat de vluchtelingen in dit gebied niet dezelfde rechten hadden wel degelijk een grote rol speelde in de besluitvorming.<sup>45</sup> ‘With so many Haitians taking part in this exodus, the U.S. government decided that it could expedite the processing of those brought to Guantánamo Bay because the Immigration and Nationality Act of 1952 did not include the site in its definition of U.S. territory’, zegt Strauss. ‘The United States was thus able to circumvent the procedures and protections that its legal system had established for asylum seekers who reached its sovereign territory.’<sup>46</sup>

Ook Michael Ratner, gespecialiseerd in mensenrechten en nauw betrokken bij de gevangenen in Guantánamo Bay, is van mening dat de Amerikaanse regering een aantal voordelen zag in het herbergen van de vluchtelingen op Guantánamo Bay. Allereerst was het groot genoeg voor de opvang van duizenden vluchtelingen. Ten tweede zorgde de locatie ervoor dat het aantal politieke problemen die de situatie met zich meebracht voor de binnenlandse omstandigheden beperkt bleef. De toestroom van duizenden Haïtianen in de Verenigde Staten zelf was in het verkiezingsjaar een weinig rooskleurig vooruitzicht. Daarbij bevond het eiland zich buiten Amerika en was het enkel toegankelijk met toestemming van de Amerikaanse militaire autoriteiten, waardoor de kritische blik van journalisten enigszins te controleren was. Het laatste punt in de overweging was dat de vluchtelingen geen aanspraak zouden kunnen maken op bepaalde rechten zolang ze zich in Guantánamo Bay bevonden. De Amerikaanse regering kon zich beroepen op de claim dat de Amerikaanse grondwet geen bescherming bood aan mensen met een andere nationaliteit die zich niet binnen de grenzen van de Verenigde Staten bevonden. Ook zouden de vluchtelingen niet de bescherming van politiek asiel aan kunnen vragen zolang zij zich niet op Amerikaanse bodem bevonden.<sup>47</sup>

Het opvangen van Haïtianen in Guantánamo Bay werd echter enorm bekritiseerd en er ontstond grote politieke druk naar aanleiding van nieuws en beeldmateriaal over de omstandigheden op de basis. Van tevoren was door de Amerikaanse regering bepaald dat er geen nieuwe complexen gebouwd mochten worden om onderdak te bieden aan de vluchtelingen.<sup>48</sup> Er werden tentenkampen en accommodaties gebouwd die beschermd werden door Amerikaanse troepen en omheind waren met prikkeldraad. Operation Safe Haven, later

---

<sup>44</sup> Stafford Smith, *Bad Men*, 293.

<sup>45</sup> M. Strauss, ‘The Creation and Evolution of the Legal Black Hole at Guantánamo Bay’, *Cuba in Transition* 20 (2010) 286-293, 289.

<sup>46</sup> Strauss, ‘The Creation and Evolution of the Legal Black Hole at Guantánamo Bay’, 289.

<sup>47</sup> Ratner, ‘How We Closed the Guantánamo HIV Camp’, 192.

<sup>48</sup> Reynolds, *A Skilfull Show of Strength*, 6.

Operation GTMO genoemd, had van korte duur moeten zijn, maar de crisis bleek minder snel opgelost dan verwacht. De Haitianen zaten maandenlang, achter prikkeldraad, te wachten tot er een beslissing werd genomen over of zij asiel konden krijgen in de Verenigde Staten. Het wachten op antwoorden leidde tot opstootjes en onrust, wat de situatie niet beter maakte. Er werden mariniers ingevlogen om de vluchtelingen in bedwang te houden, zij stonden achter het prikkeldraad met bajonetten ter intimidatie. Dit gaf het gehele kamp een grimmige sfeer. Op de foto's leek het alsof er gevangenen bewaakt werden, in plaats van vluchtelingen opgevangen.

Op het hoogtepunt herbergde Guantánamo 12.500 vluchtelingen.<sup>49</sup> Driekwart van de vluchtelingen werd uiteindelijk terug gestuurd naar Haïti. Dit gebeurde met name onder het presidentschap van Bush senior. De overgebleven vluchtelingen werden betiteld als politieke vluchtelingen en zouden toegang krijgen tot de Verenigde Staten. Een groep van 200 Haitianen werd echter toegang geweigerd, allen om dezelfde reden, zij waren HIV-positief. Dit beleid, het vasthouden van mensen voor onbepaalde tijd wegens medische problemen, zorgde voor heftige reacties.<sup>50</sup> Tijdens zijn presidentscampagne noemde Bill Clinton het kamp op Guantánamo Bay 'inhumaan en illegaal', maar hij ondernam na zijn inauguratie weinig stappen tot het sluiten van het kamp.<sup>51</sup> Op 8 juni 1993 werd het kamp door de rechter Sterling Johnson ongrondwettelijk verklaard.<sup>52</sup> 'The Haitians' plight is a tragedy of immense proportion, and their continued detainment is totally unacceptable to this court', zo oordeelde hij.<sup>53</sup> Midden juni waren alle vluchtelingen verplaatst naar Miami en New York om daar hun asielaanvraag af te wachten, waarna het kamp gesloten werd.

In de late jaren negentig werd er nog maar weinig nut gezien in de Amerikaanse basis op Guantánamo Bay. Veel mensen gingen er vanuit dat Amerika het stuk land aan Cuba zou teruggeven als onderdeel van de langverwachte verzoening tussen de twee.<sup>54</sup> Dit bleek echter niet het geval. De basis bleef in Amerikaanse handen, al was er jaren weinig bedrijvigheid op de basis.

---

<sup>49</sup> Ratner, 'How We Closed the Guantánamo HIV Camp', 190.

<sup>50</sup> Ibidem, 192.

<sup>51</sup> M. Clary, 'Haitians in Cuba: a Dilemma for Clinton : Detention: Nearly 200 refugees, most with HIV, are still at Guantánamo base but cannot legally be allowed into U.S.', *Los Angeles Times*, 17 april 1993.

<sup>52</sup> M. Tabor, 'Judge Orders The Release Of Haitians', *The New York Times*, 9 juni 1993.

<sup>53</sup> Tabor, 'Judge Orders The Release Of Haitians', *The New York Times*, 9 juni 1993.

<sup>54</sup> Stafford Smith, *Bad Men*, 294.

## De plek van Guantánamo Bay in de War on Terror

Dit alles veranderde in een rap tempo in 2001. Op elf september 2001 werden de Verenigde Staten opgeschrikt door een viertal aanslagen. Twee gekaapte passagiersvliegtuigen doorboorden de Twin Towers van het World Trade Centre, een derde verwoestte het Pentagon, waar het Amerikaanse Ministerie van Defensie is gehuisvest, en een vierde vliegtuig stortte, zonder aan aanslag te voltooien, neer in de buurt van Shanksville, Pennsylvania. Voor de aanslagen werden de Saoedi-Arabische multimiljonair Osama Bin Laden en zijn terroristische organisatie Al Qaeda verantwoordelijk gehouden. De aanslagen werden niet direct opgeëist, maar onderzoek door inlichtingendiensten wees al snel in zijn richting. Ook doken er verschillende videotapes op met gesprekken en toespraken van Bin Laden, waaruit zijn instemming en betrokkenheid bij de aanslagen duidelijk werd.<sup>55</sup> De aanslagen werden opgevat als een oorlogsdaad, waardoor het werd gezien als een oorlogsverklaring aan het gehele NAVO-bondgenootschap. De VN Veiligheidsraad nam een resolutie aan ter bestrijding van het internationale terrorisme en de Verenigde Staten verklaarden het internationale terrorisme de oorlog, de War on Terror was een feit.

De Amerikaanse regering gaf aan te rekenen op internationale steun. ‘Either you are with us, or you are with the terrorists’, zo sprak president Bush in zijn toespraak van 20 september 2001.<sup>56</sup> Toen de Verenigde Staten besloten Afghanistan binnen te vallen, het land dat onderdak bood aan Al Qaeda en weigerde de leden uit te leveren, konden zij dan ook rekenen op grootschalige steun. Deze steun was niet alleen afkomstig van westerse landen, ook niet-westerse landen droegen hun steentje bij. Tijdens deze oorlog werd een groot aantal strijders opgepakt die verdacht werden van het hebben van banden met Al Qaeda of met de Taliban. Het is dan ook tijdens deze strijd dat Guantánamo Bay opnieuw in beeld kwam.

Onder leiding van president Bush werd de beslissing genomen een deel van de oorlogsgevangenen over te brengen naar Guantánamo Bay. Vanaf januari 2002 kreeg de basis op Cuba een nieuwe functie, of wellicht twee nieuwe functies. De basis werd niet alleen ingezet als een detentieplek voor gevangenen, de belangrijkste functie zou het verkrijgen van *intelligence* worden, met alle gevolgen van dien.

---

<sup>55</sup> B. Lanting, ‘Bin Laden spreekt vol trots over aanslagen’ (versie 14 december 2001), <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/605551/2001/12/14/Bin-Laden-spreekt-vol-trots-over-aanslagen.dhtml> (22 februari 2014).

<sup>56</sup> George W. Bush, ‘Adress to the Joint Session of Congress and the American People’ (versie 20 september 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html> (24 februari 2014).

## Het detentiecentrum in Guantánamo Bay

Het plaatsen van de gevangenen in een detentiecentrum in Guantánamo Bay is het gevolg van een weldoordacht besluit, waarbij meerdere opties tegen elkaar zijn afgewogen. Andere opties waren om de gevangenen te plaatsen in de Verenigde Staten zelf, op buitenlands grondgebied of elders op Amerikaans territorium.<sup>57</sup> Een detentiecentrum binnen de Verenigde Staten zelf viel al snel af, met name vanwege de angst dat dit nieuwe terroristische aanvallen uit zou lokken. Ook het plaatsen van de gevangenen in het buitenland viel af. De reden hiervoor was dat het op deze manier wellicht moeilijk zou zijn voor de Amerikaanse inlichtingendiensten om toegang te krijgen tot de gevangenen. De opties Guantánamo Bay of ander Amerikaans grondgebied bleven over.

Al snel werd duidelijk dat Guantánamo Bay enorme voordelen bood. Zo zouden de gevangenen op ander Amerikaans grondgebied nog steeds binnen de jurisdictie van de federale gerechtshoven vallen. Hierdoor was het mogelijk voor de gevangene om zijn positie voor de rechter te brengen. Bij gevangenschap in Guantánamo Bay was dit niet mogelijk. Hoewel dit gebied onder Amerikaanse autoriteit valt, is het soeverein Cubaans gebied. Dit betekent dat buitenlandse burgers die hier worden vastgehouden geen zaken voor een Amerikaans hof kunnen brengen. Maar omdat het gebied onder de autoriteit van de Amerikaanse regering valt, is het evenmin mogelijk de zaak voor een Cubaans hof te brengen.<sup>58</sup> Het gevolg is dat de gevangenen zich in een 'legal limbo' bevinden.

Het is dus zeker niet zo dat er geen andere opties waren. Guantánamo Bay werd gezien als de beste optie na een weloverwogen keuze. De voorkeur ging met name naar dit gebied uit omdat de rechten van de gevangenen hier beperkt waren en het hier makkelijker was om inlichtingen te vergaren. Omdat er geen duidelijke rechtsgang was, konden de grenzen van toelaatbare verhoortechnieken worden opgezocht. Daarnaast was het gebied grotendeels afgeschermd van internationale controle, wat meer vrijheid gaf.

Van de duizenden oorlogsgevangenen die Amerika tijdens de War on Terror maakte, zijn slechts 779 personen ooit vastgehouden in het detentiecentrum in Guantánamo Bay. Vanaf januari 2002 werden er gevangenen verplaatst naar het detentiecentrum op Cuba. In de eerste maand werden de gevangenen vastgehouden in de open kooien van Camp X-Ray. De maand na de aankomst van de eerste twintig gevangenen, werd er begonnen met het opzetten van een meer solide faciliteit: Camp Delta. Camp Delta werd eveneens haastig gebouwd en opende

---

<sup>57</sup> Rose, *Guantánamo*, 32.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 32-33.

haar deuren in augustus. Delta bestond uit zes kampen. Camp I, II, III en IV, Camp Echo en Camp Iguano. Camp I tot en met IV waren verdeeld in eigen blokken. Het vijfde Camp Echo was bedoeld om gevangenen te isoleren. Zij verbleven hier in eenzaamheid en werden alleen uit hun cel gehaald voor verhoor. De zesde faciliteit, Camp Iguano, werd slechts een jaar gebruikt, van 2002 tot 2003, om drie gevangenen te huisvesten die jonger waren dan 16 jaar. Het kamp werd gesloten nadat zij in 2004 vrij waren gelaten en terug naar Afghanistan waren gevlogen. Halverwege 2005 werd de accommodatie opnieuw geopend, dit keer om onderdak te bieden aan de 38 gevangenen die onschuldig waren bevonden in hun zogenaamde Combatant Status Review Tribunals eerder dat jaar. In 2004 werd er voor het eerst een betonnen faciliteit geopend, dat Camp V werd genoemd. Het was een maximum security gevangenis met een capaciteit voor 100 gevangenen. De laatste faciliteit die gebouwd is, is Camp VI, deze werd geopend in november 2006. Het was bedoeld als een medium security gevangenis, maar werd uiteindelijk eveneens omgebouwd tot een maximum security faciliteit.<sup>59</sup>

De gevangenen waar Guantánamo Bay onderdak aan heeft geboden zijn ofwel gevangen genomen tijdens de oorlog door het Amerikaanse leger, ofwel overgedragen aan het Amerikaanse leger. Er zijn daarnaast ook verhalen over ontvoeringen en onrechtmatige overdracht, al is het de vraag in hoeverre deze verhalen op de waarheid berusten. De gevangenen die naar Guantánamo Bay verplaatst werden, worden omschreven als de zogenaamde ‘grote vissen’, uitzonderlijk gevaarlijke gevangenen of gevangenen met uitzonderlijke informatie. Veruit het grootste deel van de gevangenen heeft echter geen enkele vorm van proces gehad, waardoor deze claims moeilijk te controleren zijn.

## **Het doel van Guantánamo Bay**

Het doel van het detentiecentrum op Guantánamo Bay verschilt van een ‘normale’ gevangenis, in die zin dat er geen sprake is van rehabilitatie. Op zich is dit niet verwonderlijk, aangezien het hier niet gaat om Amerikaanse burgers die terug moeten keren naar de Amerikaanse maatschappij, maar om krijgsgevangenen. Het is van belang om dit nadrukkelijk te noemen, aangezien dit een fundamenteel ander uitgangspunt geeft. Het detentiecentrum is

---

<sup>59</sup> Stafford Smith, *Bad Men*, 294.



niet gericht op herstel, zoals bij 'gewone' gevangenen het geval is. In plaats daarvan heeft het twee missies, ten eerste het handhaven en onderdak bieden aan een geselecteerde groep gevangenen, en ten tweede het verkrijgen van *intelligence*.<sup>60</sup> Volgens sommige auteurs is dit een lastige combinatie. Een detentiefaciliteit zou vragen om strenge, rigide regels, terwijl het verkrijgen van *intelligence* veel meer vaagheid en flexibiliteit toelaat.<sup>61</sup> Daarnaast heeft de eerste missie een juridische inslag, waarbij het gaat om wat de persoon in het verleden heeft gedaan, terwijl de tweede missie veel meer een *intelligence*-focus heeft, waarbij het gaat om wat de persoon van plan is om in de toekomst te gaan doen. 'As proved to be the case at Abu Ghraib, mixing two separate and distinct missions at one detention facility can blur the lines of command and control and generate tensions and adverse consequences', zo schrijft Morris Davis in het artikel 'Historical Perspective on Guantánamo Bay'.<sup>62</sup>

## Joint Task Force Guantánamo

In het begin werd het detentiecentrum geleid door twee aparte Task Forces. Task Force 160 was verantwoordelijk voor de dagelijkse leiding over het detentiecentrum en Task Force 170 was verantwoordelijk voor de ondervragingen. Task Force 170 werd geleid door Majoor-generaal Michael Dunlavey. Brigadier-generaal Rick Baccus stond aan het hoofd van Task Force 160.<sup>63</sup> In een interview met *The Guardian* geeft Baccus aan dat er een duidelijke scheidslijn was tussen de bewakers en de ondervragers. 'In no way did I ever interfere in interrogations, but also at that time the interrogations never forced anyone to be treated inhumanely, certainly not when I was there.'<sup>64</sup>

Na zeven maanden werd Majoor-generaal Geoffrey Miller echter aangesteld om het commando te voeren over beide Task Forces. Onder zijn leiding vond er een reorganisatie plaats waarbij het Joint Task Force 160 en het Joint Task Force 170 samengevoegd werden.

---

<sup>60</sup> M. Davis, 'Historical Perspective on Guantánamo Bay: The Arrival of the High Value Detainees', *Case Western Reserve Journal of International Law* 42 (2010) 115-124, 119.

<sup>61</sup> Davis, 'Historical Perspective on Guantánamo Bay', 119.

<sup>62</sup> *Ibidem*, 119.

<sup>63</sup> Rose, *Guantánamo*, 83.

<sup>64</sup> S. Goldenberg, 'Former Guantánamo chief clashed with army interrogators. General's sacking cleared way for Pentagon to rewrite rules' (versie 19 mei 2004), <http://www.theguardian.com/world/2004/may/19/iraq.Guantánamo> (25 maart 2014).

De organisatie ging verder onder de naam Joint Task Force Guantánamo. Baccus en Dunlavey moesten tijdens deze reorganisatie het veld ruimen.<sup>65</sup>

Over deze vervanging zijn aardig wat speculaties gedaan. Zo zou Baccus van zijn post verwijderd zijn omdat hij de gevangenen te veel ‘vertroedelde’ en er te weinig informatie vrijkwam onder zijn leiding.<sup>66</sup> ‘I was mislabelled as someone who coddled detainees. In fact, what we were doing was our mission professionally’, vertelde de generaal in een interview aan *The Guardian*.<sup>67</sup> Baccus zou de gevangenen te veel privileges geven en het militaire personeel straffen bij een te harde aanpak, wat door zijn meerderen niet op prijs gesteld zou zijn.<sup>68</sup> In een later interview verwierp Baccus echter dat hij uit zijn functie gezet was vanwege onvrede over zijn handelen.

Well, first of all, any reports of my being sacked are absolutely untrue. I was awarded the Defense Superior Service Medal for my time frame at Guantánamo. I was given an outstanding officer evaluation report upon my leaving. And as you may be aware, Joint Task Force 160 was given the Joint Unit Meritorious Award for their time period in Guantánamo, of which I was the commander of that joint task force seven out of the nine months in the period of time of the award. So to say that I was sacked, I think, is a falsified impression placed in the press by the usual "unnamed sources" that refuse to come forward.<sup>69</sup>

Wat echter wel duidelijk is, is dat er onder Miller een harder beleid werd ingezet. De nadruk op het vergaren van *intelligence* werd groter. Miller omschreef het detentiecentrum op Guantánamo Bay als het ‘interrogation battle lab in the war against terror’.<sup>70</sup> Zijn hardere aanpak viel samen met het goedkeuren van de zogenaamde ‘enhanced interrogation techniques’ door de regering Bush, waarbij het getolereerd werd dat de gevangenen in stressposities werden geplaatst, uitgekled werden, voor langere tijd geïsoleerd werden van de

---

<sup>65</sup> E. Viola, ‘Joint Task Force Guantánamo: Then and Now’ (versie 10 januari 2003), <http://ufdcimages.uflib.ufl.edu/UF/00/09/86/20/00085/01-10-2003.pdf> (25 maart 2014).

The Wire is een publicatie van het Joint Task Force Guantánamo Public Affairs Office. Het wordt wekelijks gepubliceerd en is bedoeld voor medewerkers van Guantánamo Bay.

<sup>66</sup> Rose, *Guantánamo*, 83.

<sup>67</sup> Goldenberg, ‘Former Guantánamo chief clashed with army interrogators. General's sacking cleared way for Pentagon to rewrite rules’ (versie 19 mei 2004), <http://www.theguardian.com/world/2004/may/19/iraq.Guantánamo> (25 maart 2014).

<sup>68</sup> Goldenberg, ‘Former Guantánamo chief clashed with army interrogators. General's sacking cleared way for Pentagon to rewrite rules’ (versie 19 mei 2004), <http://www.theguardian.com/world/2004/may/19/iraq.Guantánamo> (25 maart 2014).

<sup>69</sup> Dit zei Rick Baccus op 25 augustus 2005 in een interview met Frontline. Het transcript hiervan is te vinden op de website:

Frontline, ‘Interview Rick Baccus’ (versie 25 augustus 2005), <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/torture/interviews/baccus.html> (17 maart 2014).

<sup>70</sup> Rose, *Guantánamo*, 81.

buitenwereld en blootgesteld werden aan extreme hitte en extreme kou.<sup>71</sup> Deze technieken kregen al snel veel kritiek, waardoor de meest controversiële technieken al in januari 2003 weer afgeschaft werden. Het is echter de vraag of dit ook betekende dat er direct gestopt werd met het toepassen ervan, aangezien er een groot aantal getuigen zijn die dit tegenspreken.<sup>72</sup> In het tweede hoofdstuk zullen de *enhanced interrogation* technieken uitgebreid aan bod komen.

Miller paste het zogenaamde ‘sticks-and-carrots’-regime toe, waarbij de gevangenen privileges konden verdienen als zij meewerkten. Volgens Miller schoot de hoeveelheid *intelligence* hiermee met 600 procent per maand omhoog.<sup>73</sup> De commandant gaf toe dat er soms wat agressiever opgetreden moest worden, maar was van mening dat dit niet de reden was dat de gevangenen nieuwe informatie verschaften.<sup>74</sup> Volgens Miller hadden de gevangenen respect gekregen voor de Amerikaanse waarden, die weerspiegeld werden in het detentiecentrum. ‘Many of the detainees have realized that the acts they did were wrong and so they have given us information that helps us win the global war on terror’, zo verklaarde hij.<sup>75</sup> Deze bewering werd echter niet door iedereen even serieus genomen.

Toen er in 2004 foto’s naar de pers lekten waarop te zien was hoe gevangenen in de Abu Ghraibgevangenis mishandeld werden door Amerikaanse bewakers, werd dit cynisme enkel versterkt. Ook hier zal in een volgend hoofdstuk verder op ingegaan worden. Inmiddels is duidelijk geworden dat dit soort technieken ook in Guantánamo Bay werden toegepast, lang vóór het schandaal rond Abu Ghraib uitkwam. Om deze reden zijn Baccus en Miller het meest besproken in de literatuur over Guantánamo Bay.

De foto’s van Abu Ghraib veroorzaakten een schokgolf, zowel binnen de Verenigde Staten als bij de bondgenoten. Het zorgde voor een vergrote aandacht op het detentiecentrum en een drang de wetteloosheid in te perken. De commandanten moesten na 2004 ongetwijfeld meer op hun tellen passen.

Na Baccus en Miller hebben er verschillende commandanten de leiding gehad over het detentiecentrum, waarvan de meesten ongeveer een jaar op hun post bleven. Op dit moment staat commandant Richard Butler aan de leiding van het Joint Task Force Guantánamo.

---

<sup>71</sup> Agence France-Presse, ‘Ex-Guantánamo detainees ask French judge to probe torture’ (versie 2 februari 2014), <http://www.globalpost.com/dispatch/news/afp/140226/ex-Guantánamo-detainees-ask-french-judge-probe-torture> (25 maart 2014).

<sup>72</sup> Agence France-Presse, ‘Ex-Guantánamo detainees ask French judge to probe torture’ (versie 2 februari 2014), <http://www.globalpost.com/dispatch/news/afp/140226/ex-Guantánamo-detainees-ask-french-judge-probe-torture> (25 maart 2014).

<sup>73</sup> Rose, *Guantánamo*, 85.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 85.

<sup>75</sup> *Ibidem*, 85.

# Guantánamo Bay als afwijking van de Geneefse Conventies

---

The purpose of holding prisoners at Guantánamo Bay was and is to put them beyond the rule of law, beyond the protection of any court, and at the mercy of the victors. [...] The question is whether the quality of justice envisaged for the prisoners at Guantánamo Bay complies with minimum international standards for the conduct of fair trials. The answer can be given quite shortly: it's a resounding No.<sup>76</sup>

Johan Steyn, een van de twaalf leden van het Britse Supreme Court, noemde het detentiecentrum op Guantánamo Bay een 'monstrous failure of justice'.<sup>77</sup> En hij is verre van de enige die er zo over denkt. Het detentiecentrum heeft aardig wat stof doen opwaaien, met name in de juridische sector. Het Engelse Court of Appeal beschreef Guantánamo Bay als een 'legal black hole', een terrein dat zich kenmerkt door wetteloosheid.<sup>78</sup> Deze term is vaak herhaald en in dit hoofdstuk zal uiteen gezet worden waarom Guantánamo Bay op deze manier omschreven wordt.

## Een 'act of war'

Na de aanslagen van 11 september werd er internationaal direct gereageerd. De VN Veiligheidsraad nam op 12 september een resolutie aan waarin zij verwees naar 'het inherente recht op individuele en collectieve zelfverdediging', beschreven in Artikel 51 van het VN Handvest. Ook de NAVO reageerde direct door het aanroepen van Artikel 5 van het NAVO-verdrag, dat eveneens betrekking heeft op zelfverdediging.<sup>79</sup> Door de Amerikaanse regering werd gesteld dat het hier ging om een 'act of war', in tegenstelling tot bijvoorbeeld een grove

---

<sup>76</sup> Steyn, 'Guantánamo Bay: The Legal Black Hole', 8 en 13.

<sup>77</sup> Ibidem, 11.

<sup>78</sup> Rose, *Guantánamo*, 10.

<sup>79</sup> W. van Genugten, F. Grünfeld en D. Leurdijk, 'Internationale Rechtshandhaving', in: Horbach, N.; Lefefer, R.; Ribbelink, O. (ed.), *Handboek Internationaal Recht* (Den Haag 2007) 385-436, 386-389.

misdaad. De Verenigde Staten reageerden door de oorlog te verklaren aan een onzichtbare, veranderlijke en wereldwijde vijand: het internationale terrorisme. Het netwerk Al Qaeda werd als de belichaming van dit terrorisme neergezet, evenals de Taliban. De twee organisaties werden veelal aan elkaar gekoppeld en door elkaar gebruikt. Al snel werd duidelijk dat Osama Bin Laden, de leider van Al Qaeda, zich ophield in Afghanistan. Het Taliban-regime bood onderdak aan de terroristische organisatie en weigerde de man uit te leveren, een beslissing die hen duur kwam te staan. Op 7 oktober 2001 verklaarde de Verenigde Staten de Taliban de oorlog. Artikel 51 van het VN Handvest en Artikel 5 van het NAVO-verdrag vormden de juridische basis voor het optreden van de Verenigde Staten in Afghanistan.

Vanaf het begin werd de oorlog omschreven als ‘onconventioneel’, met name doordat de vijand wereldwijd was en moeilijk grijpbaar.<sup>80</sup> Volgens het Ministerie van Justitie en het Pentagon, waar het Ministerie van Defensie gehuisvest is, was er daardoor behoefte aan nieuwe regels waarmee er weerstand kon worden geboden aan deze vijand.<sup>81</sup> Een onconventionele oorlog vraagt om onconventionele regels, dat was de leidende gedachte.

## De Geneefse Conventies

Hiermee werd op voorhand duidelijk dat de Verenigde Staten het bestaande internationale humanitaire oorlogsrecht ontoereikend vonden. Tijdens de War on Terror is hier dan ook veelvuldig van afgeweken. Om dit goed in kaart te kunnen brengen is het van belang eerst een uiteenzetting te geven over hoe het internationaal humanitair oorlogsrecht er precies uitziet.

De Geneefse Conventies vormen de belangrijkste overeenkomsten, zij worden gezien als het hart van het oorlogsrecht.<sup>82</sup> Het doel van de Conventies is het reguleren van gedrag tijdens een gewapend conflict, waarmee het de gevolgen van oorlog en wreedheid probeert te beperken.<sup>83</sup> Voor het tot stand komen van deze verdragen moeten we terug naar de 19<sup>e</sup> eeuw.

---

<sup>80</sup> CNN, ‘Bush says no POW status for detainees’, (versie 28 januari 2002)  
<http://edition.cnn.com/2002/US/01/28/ret.wh.detainees/> (17 februari 2014).

<sup>81</sup> Rose, *Guantánamo*, 23.

<sup>82</sup> International Committee of the Red Cross, ‘The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols’,  
<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> (26 februari 2014).

<sup>83</sup> The International Committee of the Red Cross, ‘The Geneva Conventions’ (versie 19-2-2014)  
<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> (19-2-2014).

In 1864 werd er voor het eerst een internationale conventie gehouden over het lot van gewonden in oorlogstijd. De conventie was een initiatief van het International Committee for Relief to the Wounded, wat later het International Committee of the Red Cross (ICRC) zou worden, en werd bijgewoond door 16 staten. Hier kwam een conventie uit voort die door alle aanwezigen unaniem ondertekend werd, de Eerste Geneefse Conventie, genaamd *The Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Hierin werd vastgelegd dat gewonde soldaten hulp dienden te krijgen, ongeacht hun nationaliteit, en daarnaast werd de neutraliteit van medisch personeel veilig gesteld.<sup>84</sup> Binnen vier jaar had praktisch elke Europese staat de Conventie ondertekend, evenals verschillende staten buiten Europa. In 1907 kwam de Tweede Geneefse Conventie tot stand, *The Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick, and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, waarin een aantal provisies van de Eerste Conventie verduidelijkt werden en waarbij de beginselen aangepast werden voor de oorlog op zee. De Derde Conventie, *The Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, kwam tot stand in 1929 en had betrekking op de behandeling van oorlogsgevangenen.

Tijdens de Tweede Wereldoorlog waren de principes die vastgelegd waren in de Conventies op grote schaal geschonden. Dit leidde tot het initiatief van het ICRC, om opnieuw een conferentie te organiseren. In deze conferentie werden de eerdere conventies herzien en samengevoegd en werd er een nieuwe Vierde Geneefse Conventie toegevoegd, *The Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. In deze Conventie werd de bescherming van burgers in oorlogstijd vastgelegd. In 1977 werden er nog twee protocollen toegevoegd waarin de bescherming van slachtoffers in oorlogstijd werden vastgelegd.<sup>85</sup>

Tijdens de onderhandelingen over de Conventies lag er een sterke nadruk op moraliteit. Er werd gesteld dat het hier ging om het vastleggen van universele waarden. De Conventies werden omschreven als een morele gedragscode die toepasbaar was binnen religie. Dit had als gevolg dat de notie ontstond dat elk land de Geneefse Conventies zou kunnen, en zou moeten, ondertekenen.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> International Committee of the Red Cross, 'Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. Geneva, 22 August 1864', <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/120?OpenDocument> (26 februari 2014).

<sup>85</sup> International Committee of the Red Cross, 'The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols', <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> (26 februari 2014).

<sup>86</sup> Finnemore, *National Interest in International Society*, 83-84.

De Conventies zijn vandaag de dag dan ook door alle staten ondertekend, 194 in totaal, waarmee ze universeel toepasbaar zijn en niet alleen een internationale norm vormen, maar eveneens de status hebben verworven van een internationaal recht.<sup>87</sup>

Although many scholars believe that ratification of a treaty – which creates obligations similar to contractual obligations – is enough to bind a nation to the precepts of that agreement, the mere number of participating countries also demonstrates the importance of the convention and its elevated status in the laws of nations.<sup>88</sup>

De Geneefse Conventies bezitten hierdoor een aparte status binnen de internationale wetgeving.

## De Derde Geneefse Conventie

Voor dit onderzoek is met name de Derde Geneefse Conventie belangrijk, aangezien dit de Conventie is die de Verenigde Staten schenden met het detentiecentrum op Guantánamo Bay.

De Derde Conventie heeft, zoals eerder beschreven, betrekking op de behandeling van oorlogsgevangenen. Het verdrag beschrijft wie er de status ‘oorlogsgevangene’, of prisoner of war (POW)<sup>89</sup>, dient te krijgen en welke rechten een POW vervolgens heeft. In deze bepalingen is opgenomen dat een strijder enkel de POW-status dient te krijgen als hij actief is in een situatie die binnen het oorlogsrecht valt. Dit betekent dat de strijder onder een commandostructuur moet vallen, hij een uniform moet dragen en hij openlijk zijn wapens moet dragen. In Artikel 5 spreekt de Derde Conventie zich eveneens uit over wat er moet gebeuren op het moment dat er twijfels zijn over de POW-classificatie.

Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article

---

<sup>87</sup> International Committee of the Red Cross, ‘The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols’, <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> (26 februari 2014).

<sup>88</sup> Akbar, ‘Losing Geneva in Guantánamo’, 212.

<sup>89</sup> POW wordt ook wel aangeduid als EPW, *enemy prisoner of war*. Een EPW is een POW aan vijandelijke zijde. De term dient enkel ter verduidelijking dat het hierbij gaat om een oorlogsgevangene aan de kant van de vijand en heeft geen gevolgen voor de verdere toepassing van Geneefse Conventies. De term is ontstaan tijdens de Vietnamoorlog, om verwarring te voorkomen tussen POWs aan eigen zijde en POWs aan vijandelijke zijde.

4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.<sup>90</sup>

In 1996 is door het United States Central Command (CENTCOM) nogmaals omschreven dat in principe iedereen in eerste instantie beschouwd wordt als POW, tenzij een tribunaal anders beslist. ‘Any person who has committed a belligerent act... will be treated as an EPW unless a competent tribunal [so] determines.’<sup>91</sup>

Als een gevangene de POW-status krijgt, valt hij onder bescherming van de Derde Geneefse Conventie. Hierin staat onder andere dat de oorlogsgevangene te allen tijde humanair behandeld dient te worden en dat elke vorm van wraak verboden is. Ook het onttrekken van informatie door middel van dwang wordt omschreven. ‘No physical or mental torture, nor any other form of coercion, may be inflicted on prisoners of war to secure from them information of any kind whatever. Prisoners of war who refuse to answer may not be threatened, insulted, or exposed to unpleasant or disadvantageous treatment of any kind’, zo stelt de Conventie.<sup>92</sup>

De Verenigde Staten gaven eerder aan dat zij volledig achter de Geneefse Conventies stonden en in eerdere conflicten werden de Conventies dan ook veelal nageleefd.<sup>93</sup>

## **De Geneefse Conventies in eerdere conflicten**

In de preambule van de Geneefse Conventies is vastgelegd dat zij van toepassing zijn op het moment dat er sprake is van een oorlogsverklaring, maar ook in het geval van een interstatelijk gewapend conflict. Zelfs als één van de twee staten niet erkent dat het om een oorlog gaat, dienen zij zich te houden aan de getekende verdragen.

In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict

---

<sup>90</sup> Artikel 5 van de Derde Conventie van Genève. Te vinden op: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/6fef854a3517b75ac125641e004a9e68>.

<sup>91</sup> Rose, *Guantánamo*, 27.

<sup>92</sup> Artikel 17 van de Derde Conventie van Genève. Te vinden op: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/6fef854a3517b75ac125641e004a9e68>.

<sup>93</sup> Geneva Academy of International Humanitarian Law, ‘United States of America. International treaties adherence’, [http://www.geneva-academy.ch/RULAC/international\\_treaties.php?id\\_state=64](http://www.geneva-academy.ch/RULAC/international_treaties.php?id_state=64) (20 februari 2014).



which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.<sup>94</sup>

Daarnaast is het niet noodzakelijk dat beide partijen in het conflict het verdrag hebben ondertekend. Op het moment dat een staat de Conventies heeft ondertekend is zij verplicht deze na te leven, ook als de andere partij zich niet aan de Conventies heeft verbonden.

Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof.<sup>95</sup>

De reikwijdte van de Geneefse Conventies is dus groot, er is niet per definitie een oorlogsverklaring nodig. In het Amerikaanse verleden is dan ook te zien hoe zij de Conventies naleefden in verschillende conflicten.

Tijdens de Vietnamoorlog hanteerde de Amerikaanse regering de regel dat elke gevangene een POW-status kreeg en hiermee de bescherming van de Derde Geneefse Conventie genoot. Alle strijders van de Vietcong kregen de POW-status, maar ook de soldaten van het Noord-Vietnamese leger en strijders van kleine guerrillagroeperingen werden onder deze noemer geschaard.<sup>96</sup> Uiteindelijk kwam het erop neer dat elke strijder in deze oorlog de POW-status kreeg.

In de tijd van de Golfoorlog van 1990 kregen oorlogsgevangenen eveneens de POW-status. Daarnaast werden er tribunalen opgesteld om de status van de gevangenen te bepalen, zoals de Derde Conventie voorschrijft. Op het moment dat een tribunaal oordeelde dat er sprake was van een gevangene die niet had deelgenomen aan de strijd, werd deze persoon uit gevangenschap gehaald en overgeplaatst naar een vluchtelingenkamp.<sup>97</sup> Zelfs in Panama en Grenada was er het voornemen om tribunalen op te stellen, terwijl deze conflicten een stuk minder formeel waren dan de oorlog in Afghanistan en Irak. Uiteindelijk is dit niet gebeurd, omdat de gevangenen slechts korte tijd werden vastgehouden en er aangegeven werd dat zij binnen korte tijd vrijgelaten zouden worden.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> Artikel 2 van de Preambule van de Geneefse Conventies. Te vinden op: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/365-570005?OpenDocument>.

<sup>95</sup> Artikel 2 van de Preambule van de Geneefse Conventies. Te vinden op: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/365-570005?OpenDocument>.

<sup>96</sup> Akbar, 'Losing Geneva in Guantánamo', 213

<sup>97</sup> Ibidem, 214.

<sup>98</sup> Ibidem, 214.

Hiermee wordt zichtbaar dat in eerdere conflicten de Geneefse Conventies het uitgangspunt zijn geweest van de Amerikaanse omgang met oorlogsgevangenen. Daarnaast hebben zij meermaals uitgesproken dat zij achter de principes van de Conventies staan. Dit maakt het des te opvallender dat zij hier tijdens de War on Terror van afweken.

## **De War on Terror als breuk met de Geneefse Conventies**

Tijdens het begin van de War on Terror werd duidelijk dat de Amerikaanse regering meer vrijheid wilde hebben in het bestrijden van terrorisme. Om dit te bewerkstelligen werden er verschillende maatregelen doorgevoerd. Een van deze maatregelen was het onthouden van de POW-status, waardoor de gevangenen geen bescherming van de Derde Geneefse Conventie kregen. In een memorandum aan president Bush van 25 januari 2002 bepleit Alberto Gonzales, op dat moment Minister van Justitie, het volgende.

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.<sup>99</sup>

Volgens Gonzales was de POW-status niet van toepassing op strijders van Al Qaeda of van de Taliban. Hiervoor werden verschillende argumenten aangedragen. Het eerste argument was dat Afghanistan een zogenaamde 'failed state' was, aangezien het de Taliban nooit was gelukt volledige controle uit te oefenen over het gebied en de bevolking, zij niet erkend was door de internationale gemeenschap en zij niet in staat was tot het nakomen van internationale verplichtingen. Ten tweede zouden de Taliban en zijn strijdkrachten geen regering zijn, maar een militante terroristische organisatie.<sup>100</sup> Gonzales gaat verder door aan te geven wat de voordelen zouden zijn van het ontkennen van deze status aan de gevangen strijders. Ten eerste

---

<sup>99</sup> A. Gonzales, 'Memorandum for the President' (versie 25 januari 2002), <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf> (19 februari 2014), 1. Dit bestand is bijgevoegd als bijlage 1.

<sup>100</sup> Ibidem, 1.

zou het ontkennen van de POW-status het risico op criminele vervolging onder de zogenaamde War Crimes Act (18 U.S.C. 2441), sterk verminderen.

That statute, enacted in 1996, prohibits the commission of a “war crime” by or against a U.S. person, including U.S. officials’, legt Gonzales uit. “War crime” for these purposes is defined to include any grave breach of GWP or any violation of common Article 3 thereof (such as “outrages against personal dignity”). Some of these provisions apply (if the GWP<sup>101</sup> applies) regardless of whether the individual being detained qualifies as a POW. Punishment for violations of Section 2441 include the death penalty. A determination that GWP is not applicable to the Taliban would mean that Section 2441 would not apply to actions taken with respect to the Taliban.<sup>102</sup>

Ten tweede zou het taalgebruik rond de GWP vaag zijn en slecht omljnd. Het toekennen van een POW-status vergrootte het risico op vervolging. Zo zou het moeilijk zijn om te definiëren wat precies gold als “outrages against personal dignity” en “inhuman treatment”, en daarmee zou het lastig te voorspellen zijn welk gedrag als gevolg daarvan strafbaar zou zijn. Het ontkennen van een POW-status haalde dit probleem weg. Als derde en laatste punt draagt Gonzales aan dat aanklagers in de toekomst allerlei motieven kunnen hebben om alsnog aanklachten op basis van Section 2441 in behandeling te nemen. Op het moment dat de status van POW niet verleend was, was eveneens Section 2441 niet van toepassing, waarmee deze gevaren uit de weg werden gegaan. Dit zou zorgen voor een ‘solid defence to any future prosecution’.<sup>103</sup> Het ontkennen van de POW-status voor gevangenen lijkt dus zowel een vrijbrief als zelfbescherming te zijn.

Uit de memo blijkt wel dat Gonzales zich direct bewust was van de controversie die het ontkennen van de POW-status, en daarmee de bescherming van de Derde Geneefse Conventie, op zou roepen. Hij was bewust van het feit dat deze beslissing zeker niet gangbaar was, de Verenigde Staten hadden gevangenen niet eerder van een POW-status onthouden. ‘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

---

<sup>101</sup> GPW staat voor Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, en is hiermee een afkorting voor de Derde Geneefse Conventie.

<sup>102</sup> Ibidem, 2.

<sup>103</sup> A. Gonzales, ‘Memorandum for the President’ (versie 25 januari 2002), <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf> (19 februari 2014), 2. Dit bestand is bijgevoegd als bijlage 1.

principles of the treaty as a matter of policy', zo voorziet hij.<sup>104</sup> De Amerikaanse regering zou volgens Gonzales dan ook duidelijk moeten benadrukken dat zij nog steeds achter de principes van de Geneefse Conventies stond, maar eveneens dat een nieuwe situatie vroeg om nieuwe regels.<sup>105</sup> Dit benadrukte hij in een zin die later in elk boek over Guantánamo Bay terug te lezen zou zijn: '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, script (i.e., advances of monthly pay), athletic uniforms, and scientific instruments'.<sup>106</sup>

De woorden van Gonzales vingen geen bot. Bush besloot dat de strijders die verdacht werden van banden met Al Qaeda of de Taliban inderdaad geen recht hadden op de POW-status. Voortaan werden zij omschreven als 'unlawful enemy combatants', een term die niet terug te vinden is in internationale wetgeving. Het gevolg hiervan was, zoals eerder aangegeven, dat de gevangenen niet onder de bescherming van de Derde Geneefse Conventie vielen en het eveneens onduidelijk was op welke wetgeving zij wel aanspraak konden maken. Wat betreft de gevangenen in Guantánamo Bay is dit een aanhoudend probleem.

President Bush was zich bewust van het feit dat deze beslissing verontwaardiging zou oproepen. Hij dekte zich in, op advies van Gonzales, door duidelijk te maken dat de Verenigde Staten de principes van de Geneefse Conventies in acht zouden nemen en de gevangenen humanaan zouden behandelen.

Of course, our values as a nation, values that we share with many nations in 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.<sup>107</sup>

In deze belofte is een kleine kanttekening te zien. De gevangenen zouden behandeld worden volgens de Geneefse Conventies 'to the extent appropriate and consistent with military

---

<sup>104</sup> A. Gonzales, 'Memorandum for the President' (versie 25 januari 2002), <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf> (19 februari 2014), 2. Dit bestand is bijgevoegd als bijlage, 3.

<sup>105</sup> Ibidem, 4.

<sup>106</sup> Ibidem, 2.

<sup>107</sup> G. Bush, 'Text of order signed by President Bush on Februari 7, 2002, outlining treatment of al-Qaida and Taliban detainees' (versie 7 februari 2002), [http://lawofwar.org/Bush\\_torture\\_memo.htm](http://lawofwar.org/Bush_torture_memo.htm) (26 februari 2014).

necessity'. Hierdoor bleef de mogelijkheid bestaan om in uitzonderingsgevallen af te wijken van de Geneefse Conventies.

In plaats van een status als POW, werden de gevangenen betiteld als 'unlawful enemy combatants'. Er is veel discussie geweest over deze term, aangezien zij niet in het internationaal humanitair oorlogsrecht is terug te vinden. De term wordt niet gemeld in de belangrijkste verdragen. Daar komt bij dat de Amerikaanse regering nooit een duidelijke omschrijving heeft gegeven van de criteria die zij hanteert om iemand als *unlawful enemy combatant* te categoriseren.<sup>108</sup>

De definitie van de term 'unlawful enemy combatant' is sinds 2001 verschillende malen veranderd, evenals de criteria die ervoor zorgen dat iemand deze status krijgt. Waar volgens de definitie van vlak na de aanslagen de persoon nog direct betrokken moest zijn geweest bij terrorisme tegen de Verenigde Staten, werd dit later aangepast op een manier waarbij enkel het verdacht zijn van betrokkenheid bij terrorisme gericht tegen de Verenigde Staten voldoende was om de status te krijgen.<sup>109</sup>

In 2004 werd een *unlawful enemy combatant* gedefinieerd als een 'individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces.'<sup>110</sup> Dit was een vernieuwde omschrijving die verschilde van de eerdere definitie. Het was een behoorlijke uitbreiding, aangezien hier ook mensen die een associatie hadden met Al Qaeda of de Taliban de status van *unlawful enemy combatant* zouden krijgen en niet, zoals eerder, enkel de mensen die verdacht werden van directe betrokkenheid bij deze groepen. Daarnaast werd er gesteld dat dit tevens personen zou betreffen die oorlogshandelingen hadden verricht of die direct steun hadden geboden aan vijandelijke legers, wat overigens geen voorwaarde was om onder de definitie te vallen.<sup>111</sup> Er werd geen definitie gegeven van wat men onder 'direct support', 'a belligerent act' of 'hostilities' verstond, waardoor het een erg ruime definitie bleef die open stond voor allerlei interpretaties.

---

<sup>108</sup> A. Danner, 'Defining Unlawful Enemy Combatants: A Centripetal Story', *Texas International Law Journal* 43 (2007) 1-14, 4.

<sup>109</sup> Military Order, 'Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism', 13 November 2001. Te vinden op: <http://www.law.cornell.edu/background/warpower/fr1665.pdf> (20 februari 2014).

<sup>110</sup> Deputy Secretary of State, 'Memorandum for Secretaries of the Military Departments Chairman of the Joint Chiefs of Staff Under Secretary of Defense For Policy, Combatant Status Review Tribunal Process' (versie 14 juli 2006), <http://www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedures.pdf> (20 februari 2014).

<sup>111</sup> Danner, 'Defining Unlawful Enemy Combatants', 4-5.

In 2006 werd er opnieuw een andere definitie gegeven aan de term *unlawful enemy combatant*.

‘The term ‘unlawful enemy combatant’ means—

(i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its cobelligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or

(ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense.’<sup>112</sup>

De definitie die nu werd gegeven was nog breder dan de definitie die in 2004 werd gehanteerd. Nu werd er gesteld dat mensen die materiële steun hadden geboden aan vijanden van de Verenigde Staten, óf aan partijen die samenwerkten met de vijand, onder de noemer *unlawful enemy combatant* vielen. Door een ander gerechtshof werd spottend gezegd dat nu zelfs een oud omaatje uit Zwitserland dat geld over maakte naar een organisatie waarvan zij denkt dat het een liefdadigheidsorganisatie is, maar die in feite steun blijkt te geven aan Al Qaeda, opgepakt kan worden en als *unlawful enemy combatant* bestempeld kan worden, waarna zij tot het einde van de strijd vastgehouden kan worden op Guantánamo Bay.<sup>113</sup>

De Amerikaanse regering heeft altijd volgehouden dat de gevangenen behandeld werden in de ‘spirit of Geneva’,<sup>114</sup> maar een kritische analyse laat al snel zien dat dit niet het geval is. Door aan te geven te handelen in de geest van Genève zei de Amerikaanse regering niet veel meer dan ‘trust us’, een geruststelling die later aardig misplaatst bleek. Duidelijk is dat, als de gevangenen geclassificeerd waren als EPW’s, hun behandeling geheel anders was geweest.

---

<sup>112</sup> Danner, ‘Defining Unlawful Enemy Combatants’, 5.

<sup>113</sup> Ibidem, 5.

<sup>114</sup> Rose, *Guantánamo*, 30.

## De angst voor marteling

The greater the pressure, the less reliable the testimony: The very means employed to distinguish the innocent from the guilty will most effectively destroy all difference between them.

*Cesare Beccaria*

Het afstappen van bestaande verdragen boezemde angst in over de behandeling van gevangenen, met name met betrekking tot ondervragingen. Al vanaf het begin was er de vrees dat deze ondervragingen verder gingen dan wettelijk was toegestaan, en wellicht zelf de grens naar marteling overschreden. ‘The United 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’, was er in officiële verklaringen gezegd.<sup>115</sup> Het zinnetje ‘to the extent appropriate and consistent with military necessity’ liet echter al zien dat er uitzonderingen zouden zijn, waardoor de geruststelling niet erg overtuigend overkwam.

Deze angst voor marteling werd bewaarheid toen in 2004 foto’s opdoken van ernstig mensonterend gedrag in de Abu Ghraibgevangenis, een gevangenis in Irak die in gebruik was genomen door het Amerikaanse leger en als detentieplek voor oorlogsgevangenen diende. Op dit schandaal volgden een groot aantal onderzoeken. Hieruit bleek dat de Amerikaanse regering de grenzen had opgezocht wat betreft de verhoortechnieken die zij toepaste. De Verenigde Staten startten met het gebruik van zogenaamde ‘coersive methods’, dwingende methoden die bedoeld waren om de gevangenen meer open te stellen voor het geven van informatie. Het ging hierbij om technieken die in die periode door de Amerikaanse regering officieel waren goedgekeurd, maar die volgens internationale wetgeving verboden zijn. Deze technieken waren volgens het onderzoek toegepast in Afghanistan en Irak, maar ook in Guantánamo Bay.<sup>116</sup>

In 2005 werd door een militair onderzoek bevestigd dat verschillende technieken die in Abu Ghraib waren toegepast, zoals het gebruik van honden, het ontkleden en (seksueel) vernederen van gevangenen, inderdaad al eerder in Guantánamo Bay plaatsvonden.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Bush, G., ‘Text of order signed by President Bush on Februari 7, 2002, outlining treatment of al-Qaida and Taliban detainees’ (versie 7 februari 2002), [http://lawofwar.org/Bush\\_torture\\_memo.htm](http://lawofwar.org/Bush_torture_memo.htm) (26 februari 2014).

<sup>116</sup> Human Rights Watch, ‘The Road to Abu Ghraib’, (juni 2004) <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa0604.pdf> (26 februar 2014), 2.

<sup>117</sup> J. White, ‘Abu Ghraib Tactics Were First Used at Guantánamo’ (versie 14 juli 2005), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/13/AR2005071302380.html> (15 maart 2014).

Hiermee heeft de Verenigde Staten een grens overschreden die verder gaat dan enkel het niet naleven van de Geneefse Conventies.

## Enhanced interrogation

Het toestaan van deze *coersive methods* had plaatsgevonden in 2002. Op dat moment had Dunlavey de leiding over het proces van militaire ondervragingen. Door Rumsfeld werd hem verteld dat de gevangenen die hij zou moeten ondervragen behoorden tot “the most dangerous, best trained vicious killers on the face of the earth”. Tijdens een interview aan Phillipe Sands verklaarde Dunlavey later ‘no one even told me ‘the gloves are off’. But I didn’t need to talk about the Geneva Conventions, it was clear that they didn’t apply.’<sup>118</sup>

In oktober deed Dunlavey dan ook een aanvraag voor de autorisatie van Category I, II en III ondervragingstechnieken. Dit waren niet-standaard ondervragingstechnieken die verder gingen dan de gebruikelijke ondervragingsmethoden. De technieken waren afgeleid van het zogenaamde Survival, Evasion, Resistance, and Escape (SERE) trainingsprogramma. Dit programma was opgesteld om Amerikaans militair personeel te trainen in het weerstaan van harde verhoor- en marteltechnieken. Het was met name gebaseerd op de martelmethoden die in de jaren vijftig werden toegepast door China en de Sovjet- Unie.<sup>119</sup> Het werd echter door de Central Intelligence Agency (CIA), ook al in voorgaande oorlogen, vaak omgekeerd gebruikt door de technieken die in dit programma waren ervaren toe te passen op gevangenen, met als doel het loskrijgen van informatie.<sup>120</sup>

De technieken waar goedkeuring voor gevraagd werd waren opgedeeld in drie categorieën, oplopend qua heftigheid en intensiteit. Categorie III bestond onder andere uit doodsbedreigingen en licht fyiek contact. Daarnaast werd er ook gevraagd om de goedkeuring

---

<sup>118</sup> The Constitution Project, *The Report of The Constitution Project’s Task Force on Detainee Treatment* (Washington 2013), 38. Te vinden op: <http://detaineetaskforce.org/read/#/3/zoomed> (1 maart 2014).

April vorig jaar kwam er een nieuw rapport uit van The Constitution Project, een onafhankelijke commissie van Amerikaanse beleidsmakers, juristen en militairen die juridische problemen onder de loep nemen. In het 600 pagina’s dikke rapport dat zij uitbrachten over de behandeling van gevangenen, genaamd ‘The Report of the Constitution Project’s Task Force on Detainee Treatment’, wijdden zij een apart hoofdstuk aan het detentiecentrum op Guantánamo Bay.

<sup>119</sup> J. Ehrenberg (e.a.), *The Iraq Papers* (New York 2010), 414.

<sup>120</sup> Ehrenberg (e.a.), *The Iraq Papers*, 414.



van het toepassen van het zogenaamde ‘waterboarding’, waarbij er een natte handdoek over het gezicht van de gevangene geplaatst wordt waardoor hij het gevoel krijgt te stikken.<sup>121</sup>

In een bijgaand juridisch memorandum van Diane Beaver, toenmalig advocaat en luitenant-kolonel, werd verklaard dat de gevangenen niet onder de bescherming van de Geneefse Conventie vielen, maar dat zij veelal wel zo behandeld werden, aangezien de ondervragers getraind waren om binnen de grenzen van Geneefse Conventie te opereren. Volgens Beaver hadden de gevangenen meer ‘sophisticated’ manieren gekregen om weerstand te bieden aan de ondervragingen, waardoor het nodig was ‘agressievere’ technieken toe te passen, om de nationale veiligheid zeker te stellen.<sup>122</sup> In het memorandum oordeelde Beaver dat alle categorieën zowel binnen de nationale, als binnen de internationale wetgeving vielen.

Onder Categorie I technieken vallen onder andere het schreeuwen tegen gevangenen en het zaaien van angst. Dit zou volgens Beaver legaal zijn, omdat het niet wordt gedaan met het doel om fysieke of mentale schade aan te richten.

Het toepassen van Categorie II technieken, zoals het gebruiken van stressposities, het isoleren van gevangenen voor een periode van 30 dagen, een ondervragingsperiode van 20 uur in een week en het onthouden van voedsel voor een periode van 12 uur, was volgens Beaver eveneens niet illegaal ‘so long as no severe physical pain is inflicted and prolonged mental harm intended’.<sup>123</sup> Daarnaast zou het toegestaan zijn dit soort technieken te gebruiken, omdat er sprake was van een ‘legitimate government objective in obtaining the information necessary that the high value detainees on which these methods would be utilized possess, for the protection of the national security of the United States, its citizens, and allies’.<sup>124</sup>

Onder Categorie III technieken vallen onder andere verhoorsessies van 20 uur per dag, isolatie zonder toegang van medisch personeel of het ICRC, verwijderen van kleding, blootstelling aan kou of hitte en ‘the use of scenarios designed to convince the detainee he might experience a painful or fatal outcome’.<sup>125</sup> Ook dit was volgens Beaver niet illegaal, zolang het niet werd gedaan met de intentie langdurige schade aan te richten. Wel gaf zij aan dat er voorzichtig moest worden omgesprongen met doodsb bedreigingen, aangezien dit specifiek in het martelingstatuut werd genoemd als zijnde marteling.<sup>126</sup> Ook gaf zij aan dat

---

<sup>121</sup> The Constitution Project, *The Report of The Constitution Project’s Task Force on Detainee Treatment*, 38.

<sup>122</sup> D. Beaver, ‘Memorandum for Commander, JTF GTMO, *Legal Review of Aggressive Interrogation Techniques*, 11 oktober 2002’. Dit document is te vinden in als bijlage 3.

<sup>123</sup> Beaver, ‘Memorandum for Commander, JTF GTMO’, zie bijlage 3.

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> Ibidem.

waterboarden een schending was van Article 128 van de Uniform Code of Military Justice. Om deze reden adviseerde zij degenen die deze technieken toepasten immuniteit te verlenen, zodat zij niet veroordeeld zouden kunnen worden voor het toepassen van deze technieken.<sup>127</sup>

Op 2 december keurde Rumsfeld het gebruik van Categorie I en II technieken goed. Van de Categorie III technieken werd enkel het licht fysieke contact toegestaan.<sup>128</sup> Dit betekende echter niet dat hij zich uitsprak tegen de rest van de Categorie III technieken. Hij gaf aan dat deze technieken wellicht toelaatbaar waren, maar dat zij nog niet gewettigd waren.<sup>129</sup> Later werd dan ook duidelijk dat veel van de Categorie III technieken oogluikend waren toegestaan.

Beaver heeft later veel kritiek ontvangen op haar advies. Zij gaf zelf aan onder grote tijdsdruk te werken met weinig middelen.<sup>130</sup> Beaver verklaarde dat ze had verwacht dat haar visie uitgebreid geanalyseerd en bekritiseerd zou worden en dat het een schok was dat deze visie het laatste woord bleek in de discussie over het toepassen van bepaalde verhoortechnieken.<sup>131</sup>

Het gebruik van deze *enhanced interrogation* technieken werd niet alleen van buitenaf bekritiseerd, maar kreeg ook van binnenuit veel commentaar. Het Defense Department's Criminal Investigation Task Force, een organisatie die in 2002 opgezet was door het Ministerie van Defensie om onderzoek te doen naar de gevangenen van de War on Terror, oordeelde dat de technieken niet alleen ineffectief waren, maar ook illegaal.<sup>132</sup> Ook Alberto Mora, voormalig General Counsel of the Navy, heeft zich sterk uitgesproken tegen het gebruik van dit soort technieken.<sup>133</sup> Op 15 januari 2003 trok Rumsfeld dan ook zijn goedkeuring van deze technieken in, aangezien er twijfel was ontstaan over de juridische toelaatbaarheid ervan.<sup>134</sup>

Hier bleef het echter niet bij. Er werd door Rumsfeld een werkgroep opgezet om te bepalen waar exact de juridische grenzen lagen met betrekking tot verhoortechnieken, genaamd de Detainee Interrogation Work Group.<sup>135</sup> De werkgroep baseerde zijn conclusie op een juridisch memorandum dat geschreven was door John Yoo, Deputy Assistant U.S.

---

<sup>127</sup> Beaver, 'Memorandum for Commander, JTF GTMO', zie bijlage 3.

<sup>128</sup> J. Addicott, 'The truth about American state interrogation techniques, torture and the ticking time-bomb terrorist', in: R. Jackson en S. Sinclair (ed.), *Contemporary Debates on Terrorism* (New York 2012), 152-158, 156-157.

<sup>129</sup> Ehrenberg (e.a.), *The Iraq Papers*, 414.

<sup>130</sup> The Constitution Project, *The Report of The Constitution Project's Task Force on Detainee Treatment*, 39.

<sup>131</sup> Ibidem, 39.

<sup>132</sup> Ibidem, 41.

<sup>133</sup> Ibidem, 40-42.

<sup>134</sup> Ibidem, 42.

<sup>135</sup> Ibidem, 43.

Attorney General van het Ministerie van Justitie, en ondertekend door Jay Bybee, Assistent Attorney General. Hierin werd het gebruik van bepaalde *enhanced interrogation* technieken beoordeeld als legaal. Yoo en Bybee namen een erg nauwe definitie van marteling, waarbij de grens van wat hieronder geschaard kon worden erg hoog lag.

For the foregoing reasons, we conclude that torture as defined in and proscribed by Sections 2340-2340A, covers only extreme acts. Severe pain is generally of the kind difficult for the victim to endure. Where the pain is physical, it must be of an intensity akin to that which accompanies serious physical injury such as death or organ failure. Severe mental pain requires suffering not just at the moment of infliction but it also requires lasting psychological harm, such as seen in mental disorders like posttraumatic stress disorder. Additionally, such severe mental pain can arise only from the predicate acts listed in Section 2340. Because the acts inflicting torture are extreme, there is significant range of acts that, though they might constitute cruel, inhumane, or degrading treatment or punishment fail to rise to the level of torture.<sup>136</sup>

Dit is een omstreden beslissing, aangezien dezelfde technieken die hier werden betiteld als legaal inmiddels door velen beoordeeld zijn als marteltechnieken. Dit geldt niet alleen voor mensenrechtenorganisaties als Amnesty International en Human Rights Watch, maar ook voor het Ministerie van Justitie en Amerikaanse bondgenoten.<sup>137</sup>

De werkgroep stelde een rapport op waarin een groot deel van de *enhanced interrogation* technieken werden goedgekeurd, zoals het onthouden van slaap en voeding, het toepassen van stressposities, het slaan van de gevangene in het gezicht en in de buik, gedwongen naaktheid en het gebruik van honden.<sup>138</sup>

Toen het schandaal rond Abu Ghraib uitkwam, kwam het rapport van de werkgroep onder grote kritiek te staan. In 2005 kwam er een einde aan de omstreden verhoortechnieken met het aannemen van de Detainee Treatment Act, waarin werd vastgelegd dat ook 'cruel, inhumane, or degrading treatment' niet was toegestaan.<sup>139</sup>

Er heeft nooit op een hoger niveau vervolging plaatsgevonden voor het goedkeuren van deze technieken, al zijn er wel verschillende onderzoekscommissies geweest.<sup>140</sup> De

---

<sup>136</sup> J. Bybee, 'Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, 1 augustus 2002', 46. Te vinden op: [www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/.../02.08.01.pdf](http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/.../02.08.01.pdf) (20 maart 2014).

<sup>137</sup> C. Williams, 'Jay Bybee silent on interrogation memos' (versie 1 mei 2009), <http://articles.latimes.com/2009/may/01/nation/na-bybee-memo1> (20 maart 2014).

<sup>138</sup> The Constitution Project, *The Report of The Constitution Project's Task Force on Detainee Treatment*, 46.

<sup>139</sup> Council of Foreign Relations, 'Detainee Treatment Act of 2005', <http://www.cfr.org/terrorism-and-the-law/detainee-treatment-act-2005-hr-2863-title-x/p9865> (19 maart 2014).

<sup>140</sup> Voorbeelden hiervan zijn het Schlesinger onderzoek en het Fay-Jones onderzoek.

belangrijkste reden voor het gebrek aan vervolging is dat de technieken op het moment dat zij toegepast werden, niet waren gedefinieerd als strafbaar of als zijnde marteling. Volgens Human Rights Watch is dit ook de reden dat er situaties zoals in Abu Ghraib hebben kunnen ontstaan.

It is also clear that the purpose of these techniques is to inflict pain, suffering and severe humiliation on detainees. Once that purpose was legitimized by military and intelligence officials, it is not surprising that ordinary soldiers came to believe that even more extreme forms of abuse were acceptable. The brazenness with which some soldiers conducted themselves at Abu Ghraib, snapping photographs and flashing the “thumbs-up” sign as they abused prisoners, confirms that they felt they had nothing to hide from their superiors.<sup>141</sup>

Wat benadrukt moet worden is dat de handelingen door de Amerikaanse regering niet gedefinieerd werden als strafbaar of als zijnde marteling, maar dat zij in het licht van andere verdragen wel degelijk onder deze kopjes zouden vallen. De United Nations Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment definieert marteling als volgt:

... 'torture' means 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. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.<sup>142</sup>

Deze definitie is een stuk omvattender dan de nauwe definitie die de Amerikaanse regering hanteerde. De mishandelingen in de Abu Ghraibgevangenis zouden volgens deze definitie absoluut onder het kopje marteling vallen. Ook verschillende ondervragingstechnieken

---

<sup>141</sup> Human Rights Watch, 'The Road to Abu Ghraib', (juni 2004)  
<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa0604.pdf> (26 februari 2014), 2-3.

<sup>142</sup> Artikel 1 van de United Nations Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Te vinden op: <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r046.htm>.

zouden binnen dit kader vallen. Marteling wordt universeel veroordeeld. Het verbod op marteling is opgenomen in verschillende verdragen, ook in de Geneefse Conventies. Dit zou betekenen dat het goedkeuren van dit soort technieken wel degelijk een schending is van internationale verdragen en dus strafbaar.

## **Een deuk in het Amerikaanse imago**

De foto's van de mishandelingen in Abu Ghraib veroorzaakten een golf aan kritiek, die nog groter werd toen bleek dat dit soort praktijken niet beperkt waren gebleven tot enkel deze gevangenis. Met name dit schandaal zorgde ervoor dat het imago van de Verenigde Staten een behoorlijke deuk opliep. Het is daarom niet verwonderlijk dat de internationale reacties na dit schandaal heftiger waren dan daarvoor. Het unilateralisme dat de Verenigde Staten hebben laten zien heeft volgens velen het imago van de Verenigde Staten geschaad, niet in de laatste plaats in de betrekkingen met de Europese Unie. Zo verklaarde Gijs de Vries, voormalig coördinator terrorismebestrijding van de Europese Unie in 2006:

The struggle against terrorism is first and foremost a conflict over values. To win the battle for hearts and minds our policies to combat terrorism must respect the rights and values we have pledged to defend, including the rights of prisoners. Abu Ghraib, Guantánamo and CIA renditions have damaged America's standing in the world and have compromised our common struggle against terrorism. Credibility matters. The European Union continues to believe that in this battle we should be guided by established international legal standards, including international human rights law. Any war paradigm should operate within these standards.<sup>143</sup>

Verschillende publieke figuren hebben hun oordeel uitgesproken over Guantánamo. Zo vergeleek Desmond Tutu het detentiecentrum in 2006 met het Apartheid-regime toen hij zich aansloot bij de kritiek op het detentiecentrum. 'I never imagined I would live to see the day when the United States and its satellites would use precisely the same arguments that the

---

<sup>143</sup> D. Keohane, 'The Absent Friend: EU Foreign Policy and Counter-Terrorism', *Journal of Common Market Studies* 46 (2008) 125-146, 137.

apartheid government used for detention without trial. It is disgraceful', oordeelde hij.<sup>144</sup> Volgens Tutu is het dan ook al veel te ver gekomen. 'One cannot find strong enough words to condemn what Britain and the United States and some of their allies have accepted', verklaarde hij in een interview aan de BBC.<sup>145</sup> Ook Kofi Annan, toenmalig secretaris-generaal van de Verenigde Naties, was kritisch. 'I think sooner or later there will be a need to close Guantánamo, and I think it will be up to the [US] government to decide, hopefully, to do it as soon as is possible.'<sup>146</sup> Human Rights Watch waarschuwde voor het afwijken van bestaande regels.

There are people and governments in the world who believe that in the struggle against terrorism, ends always justify the means. But that is also the logic of terrorism. Whatever the response to this outrage, it must not invalidate that logic.<sup>147</sup>

Op 22 januari 2009 stelde Obama een order op waarin hij alle overheidsinstellingen verplichtte de richtlijnen van het U.S. Army Field Manual on Interrogation na te leven, wat het einde betekende van de *enhanced interrogation* technieken.<sup>148</sup> Hoewel de martelingkwesie hiermee ten einde kwam, gaat de schending van de Geneefse Conventies door. Nog steeds zitten de gevangenen voor onbepaalde tijd vast, zonder een gedegen proces.

---

<sup>144</sup> The Guardian, 'Blair: Guantánamo is an anomaly', (17 februari 2006), <http://www.theguardian.com/uk/2006/feb/17/politics.Guantánamo> (versie 24 februari 2014).

<sup>145</sup> The Guardian, 'Blair: Guantánamo is an anomaly', (17 februari 2006), <http://www.theguardian.com/uk/2006/feb/17/politics.Guantánamo> (versie 24 februari 2014).

<sup>146</sup> The Guardian, 'Blair: Guantánamo is an anomaly', (17 februari 2006), <http://www.theguardian.com/uk/2006/feb/17/politics.Guantánamo> (versie 24 februari 2014).

<sup>147</sup> Reflectie van Human Rights Watch, in: W. Durland, 'American Treatment of Detainees and the U. S. Supreme Court', in: C. Butler (ed.), *Guantánamo Bay and the Judicial-moral Treatment of the Other* (West Lafayette 2007) 33-51, 35.

<sup>148</sup> E. Rosenbach, 'Interrogations and Intelligence', in: E. Rosenbach en A. Peritz, *Confrontation or Collaboration? Congress and the Intelligence Community* (Cambridge 2009) 62-67.

# 2002: De oprichting van het detentiecentrum

---

...language – and more specifically, discourse – does not simply reflect events that take place in the world. Discourse infuses events with meaning, establishes widespread social understandings, and constitutes social reality.<sup>149</sup>

Er zijn boeken volgeschreven over de manier waarop de regering Bush de aanslagen van 11 september geïnterpreteerd en gecommuniceerd heeft. Verscheidene auteurs beschrijven hoe taalgebruik vorm heeft gegeven aan de manier waarop de gebeurtenis geïnterpreteerd is, Adam Hodges is daar één van. ‘Although the events of 9/11 are actual happenings in the world,’ schrijft Hodges in het boek *The “War on Terror” Narrative* (2011), ‘those events do not intrinsically contain their own interpretation. Only through language are such events turned into a full account of that experience. Through language, we name protagonists, ascribe motivations, and provide explanations. Through language, we construct a narrative.’<sup>150</sup> Met betrekking tot de War on Terror is er volgens Hodges al vrij snel een leidend narratief ontstaan, met name bestaande uit het beeld dat de Amerikaanse regering van de aanslagen schetste.

De beeldvorming die bewust en onbewust gecreëerd is door de Amerikaanse regering heeft volgens vele auteurs grote invloed gehad op de manier waarop de aanslagen, maar ook het beleid dat daarop volgde, geïnterpreteerd is, zowel nationaal als internationaal.<sup>151</sup> Het is belangrijk om stil te staan bij deze beeldvorming rondom de War on Terror, aangezien Guantánamo Bay onlosmakelijk verbonden is met deze oorlog en de interpretatie die er van deze oorlog bestaat. Het feit dat er in eerste instantie weinig commotie ontstond toen duidelijk werd dat een deel van de gevangenen overgebracht zou worden naar Guantánamo Bay, is direct terug te voeren op de beeldvorming die er rond deze vermeende terroristen bestond. Elke gevangene werd omschreven als terrorist, elke terrorist werd in verband gebracht met Al Qaeda, en alle leden van Al Qaeda werden verantwoordelijk gehouden voor de aanslagen op

---

<sup>149</sup> A. Hodges, *The “War on Terror” Narrative. Discourse and Intertextuality in the Construction and Contestation of Sociopolitical Reality* (Oxford 2011), 5.

<sup>150</sup> Hodges, *The “War on Terror” Narrative*, 3-4.

<sup>151</sup> *Ibidem*, 6.

11 september. Ook de legitimatie die later volgde voor het ontkennen van de toepasbaarheid van de Geneefse Conventies is nauw verbonden met dit narratief.

Het doel van deze analyse is niet het aantonen dat het leidende narratief rondom de War on Terror onjuist was. Het dient enkel om aan te tonen dat er sprake was van beeldvorming en dat deze beeldvorming van invloed is geweest op de manier waarop de gebeurtenis ervaren werd, maar ook op beslissingen die werden genomen en in dit geval op de legitimatie die gegeven werd voor deze beslissingen. Het is daarom nuttig even stil te staan bij het overkoepelende narratief dat in 2002 leidend was in het debat over de War on Terror.

## Het overkoepelende narratief

I've just completed a meeting with my national security team, and we've received the latest intelligence updates. The deliberate and deadly attacks which were carried out yesterday against our country were more than acts of terror. They were acts of war.<sup>152</sup>

### *De keuze tussen misdaad of oorlogsdaad*

Hodges beschrijft dat er vlak na de aanslagen zowel sprake was van een 'crime frame', als van een 'war frame', die twee verschillende interpretaties van de aanslagen weergaven. Binnen het 'crime frame' werden de daden gezien als misdaad, binnen het 'war frame' werden zij gezien als oorlogsdaad. De auteur verklaart dat het laatste beeld bijna direct de overhand kreeg.<sup>153</sup> Al binnen een week werd duidelijk dat de Amerikaanse regering de aanslagen interpreteerden als een oorlogsdaad, met alle gevolgen van dien. Het kenschetsen van 11 september als een 'act of war', in plaats van een criminele misdaad, en de reactie op terrorisme met een 'war on terror', in plaats van het onderzoeken van terroristische misdaden, is de dominante manier geworden om naar de gebeurtenis te kijken.<sup>154</sup> Oorlogvoering leek de enige mogelijke optie als reactie op de gebeurtenissen.

...Bush concludes by arguing that war is the only possible response: "The terrorists and their supporters declared war on the United States, and war is what they got."

---

<sup>152</sup> Hodges, *The "War on Terror" Narrative*, 25.

<sup>153</sup> Ibidem, 28-29.

<sup>154</sup> Ibidem, 23.



Presupposed in this statement is the proposition that the events of 9/11 indubitably constitute war on par with the type of military campaigns waged by one nation-state against another. If his presupposition is accepted, then the only logical reaction would be to adopt a war stance and wage a fullscale war in return. Here we see how the response to terrorism as a war is presented as flowing naturally from the events themselves as if the events provide their own interpretation. In this way, a particular ideological position is presented simply as the way things are, whereas the opposing ideological position is painted wholly outside the realm of “common sense”.<sup>155</sup>

In september 2002 beschreef Nicholas Lehmann in *The New Yorker* hoezeer het idee van een ‘war on terror’ verankerd was geraakt in de manier waarop de situatie aanschouwd werd. ‘That phrase . . . framed the way people think about how the United States is reacting to the September 11th attacks so completely, that the idea that declaring and waging war on terror was not the sole, inevitable, logical consequence of the attacks just isn't in circulation.’<sup>156</sup>

Daarnaast werd dit conflict geplaatst in een langere traditie van oorlogvoering. In verschillende speeches trok Bush een vergelijking tussen de terroristen van 9/11 en de totalitaire regimes uit het verleden, zoals het nazisme en het communisme.<sup>157</sup> Hierbij gaf hij aan dat deze strijd al eerder was gestreden en dat de tegenstander, net als tijdens voorgaande conflicten, opnieuw het onderspit zou gaan delven. Het conflict werd neergezet als een strijd tussen vrijheid en onderdrukking, tussen democratie en totalitarisme. Ook ditmaal zou de strijd leiden tot een overwinning van de vrijheid, in overeenstemming met een lange traditie van oorlogvoering tegen het totalitarisme.<sup>158</sup> ‘We've seen their kind before. The terrorists are the heirs to fascism. They have the same will to power, the same disdain for the individual, the same mad global ambitions. And they will be dealt with in just the same way’, zei de president in een toespraak op 7 december 2001.<sup>159</sup>

Het feit dat er direct een oorlogssituatie beschreven werd heeft veel invloed gehad in de manier waarop de situatie ervaren werd. ‘Oorlog’ is een flinke stap verder dan ‘aanslag’ of ‘misdad’, waardoor er een ander verwachtingspatroon ontstond over het verdere beleid dat gevoerd ging worden. In een oorlog is het geoorloofd om harder op te treden, veel harder dan het geval zou zijn bij een misdad of een aanslag. Daarnaast is er een groot verschil in het

---

<sup>155</sup> Hodges, *The “War on Terror” Narrative*, 29.

<sup>156</sup> N. Lehmann, ‘The War on What? The White House and the Debate About Whom to Fight Next’ (versie 9 september 2002), <https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/bush/leumann.htm> (14 april 2014).

<sup>157</sup> Hodges, *The “War on Terror” Narrative*, 34-35.

<sup>158</sup> *Ibidem*, 35.

<sup>159</sup> G. Bush, ‘We are fighting to win – And we will win’ (versie 7 december 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/12/20011207.html> (14 april 2014).

beleid dat volgde. In het geval van een misdaad zouden de schuldigen opgespoord en berecht worden. Zij zouden terecht staan voor de daden die zij hadden verricht en daarmee zou de kous, juridisch gezien, in feite af zijn. Bij een oorlog is dit anders. Een oorlog maakt per definitie meer slachtoffers en is in principe pas afgelopen als er óf overgave óf overeenstemming is bereikt. Veelal gaat het daarbij dus om twee duidelijke partijen en een helder einddoel.

In de situatie van 11 september hebben een aantal individuen een aanslag gepleegd in de Verenigde Staten. Deze individuen zijn gelinkt aan de organisatie Al Qaeda, maar het beeld van deze organisatie is in de loop der tijd veranderd van een centraal geleide organisatie naar een los netwerk van verschillende groeperingen met ongeveer dezelfde ideologieën. Dit is een groot probleem bij oorlogvoering. Daarnaast is er niet voor gekozen de oorlog te verklaren aan Al Qaeda, maar aan het internationale terrorisme, wat geen groepering is maar een handelswijze. Hiermee werd de strijd nog vager en breder, waarbij het vaststellen van een einddoel praktisch onmogelijk werd. Het idee dat de Verenigde Staten er eigenhandig voor zouden kunnen zorgen dat er een einde komt aan elke vorm van terrorisme, waar ook ter wereld, is op z'n zachtst gezegd erg optimistisch. Het is zeer de vraag of het niet logischer, doeltreffender en efficiënter was geweest de personen verantwoordelijk voor de aanslag op te sporen en, waar mogelijk, te berechten.

Toch werd er gekozen voor oorlogvoering. Hierbij werd de situatie neergezet als een 'ticking time bomb', waarbij er sprake was van een continue, internationale en moeilijk voorspelbare dreiging. Diego Gambetta beschrijft in zijn artikel 'Reason and terror. Has 9/11 made it hard to think straight?' dat deze visie ervoor zorgde dat er een doctrine van 'pre-emptive war' ontstond, waarbij het risico juist werd gezien in het niet handelen.<sup>160</sup> "The stress on the risks of inaction and preemptive attacks imply that wars can now be waged without a clear casus belli. A threat does not now need to manifest itself or even be proven imminent to motivate a war."<sup>161</sup> Dit sloot aan bij de Cheney Doctrine, die stelde dat er op elke dreiging gereageerd moest worden, ook als er nog geen duidelijke analyse was van de dreiging. Zelfs als er slechts 1% kans was op een aanslag, moest er gehandeld worden alsof de dreiging een zekerheid was. Bewijsmateriaal was van ondergeschikt belang.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> D. Gambetta, 'Reason and Terror, Has 9,11 made it hard to think straight?' (versie 14 april 20014), <http://bostonreview.net/archives/BR29.2/gambetta.html> (14 april 2014).

<sup>161</sup> D. Gambetta, 'Reason and Terror, Has 9,11 made it hard to think straight?' (versie 14 april 20014), <http://bostonreview.net/archives/BR29.2/gambetta.html> (14 april 2014).

<sup>162</sup> J. Paulos, 'Who's Counting: Cheney's One Percent Doctrine' (versie 2 juli 2006), <http://abcnews.go.com/Technology/story?id=2120605> (1 maart 2015).

Het werd noodzakelijk om informatie te vergaren en te achterhalen wat de plannen waren om toekomstige aanslagen te voorkomen. Preventief handelen werd op deze manier een leidend thema binnen de War on Terror, wat in grote mate is terug te zien in Guantánamo Bay, zowel in de functie van het detentiecentrum als in de manier waarop het centrum gelegitimeerd werd.

### *Een irreguliere oorlog*

Hoewel er meerdere malen een vergelijking werd getrokken met eerdere oorlogen, werd vanaf het begin benadrukt dat dit een irreguliere oorlog was, een oorlog als nooit tevoren.

‘Americans should not expect one battle, but a lengthy campaign, unlike any other we have ever seen’, sprak Bush.<sup>163</sup> Dit had niet alleen betrekking op de aanslagen, maar ook, en misschien wel vooral, op de aard van de vijand. ‘Today, our nation saw evil’, zei Bush toen hij vlak na de aanslagen het land toesprak, ‘the very worst of human nature.’<sup>164</sup> Het was hierdoor niet enkel een nieuw soort conflict, maar een conflict met een vijand die boosaardiger was dan elke vijand die de Verenigde Staten ooit hadden gehad.

De oorlog werd gepresenteerd als een ideologische strijd, waarbij de Verenigde Staten vrijheid en gerechtigheid belichaamden, terwijl de vermeende terroristen trachtten onderdrukking en tirannie te bewerkstelligen. ‘America was targeted for attack because we’re the brightest beacon for freedom and opportunity in the world. And no one will keep that light from shining’, zo sprak Bush in dezelfde speech.<sup>165</sup> Amerika als de ‘voorvechter van de vrijheid’, aangevallen om precies deze reden. ‘In every generation’, sprak Bush in een toespraak op 14 september, ‘the world has produced enemies of human freedom. They have attacked America, because we are freedom’s home and defender. And the commitment of our fathers is now the calling of our time.’<sup>166</sup> Vrijheid was een leidend thema binnen het narratief over de oorlog, zowel om de identiteit van Amerika te bevestigen als om het motief van de

---

<sup>163</sup> George W. Bush, ‘Adress to the Nation’ (versie 20 september 2001), <http://www.presidentialrhetoric.com/speeches/09.20.01.html> (9 april 2014).

<sup>164</sup> George W. Bush, ‘Address To The Nation On The September 11 Attacks’ (versie 11 september 2001), [http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected\\_Speeches\\_George\\_W\\_Bush.pdf](http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf) (15 april 2014).

<sup>165</sup> George W. Bush, ‘Address To The Nation On The September 11 Attacks’ (versie 11 september 2001), [http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected\\_Speeches\\_George\\_W\\_Bush.pdf](http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf) (15 april 2014).

<sup>166</sup> George W. Bush, ‘National Day Of Prayer And Remembrance Service, The National Cathedral, Washington, D.C (versie 14 September 2001), [http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected\\_Speeches\\_George\\_W\\_Bush.pdf](http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf) (2 mei 2014) paginanummer, 61.

vijand aan te duiden. Het idee van vrijheid leek te worden gebruikt om het verschil tussen de Verenigde Staten en zijn vijanden aan te duiden, die omschreven werden als ‘enemies of freedom’.<sup>167</sup> Het is een sterk begrip om te gebruiken, aangezien vrijheid per definitie een positieve, rechtvaardige en moralistische strekking heeft. Het feit dat de Verenigde Staten omschreven werden als de bakermat voor vrijheid zorgde ervoor dat deze eigenschappen gekoppeld werden aan de Amerikaanse identiteit. Doordat het bieden van vrijheid moreel het juiste is om te doen, is het strijden tegen vrijheid per definitie verwerpelijk en moreel onjuist. Het is dus niet enkel een verkeerde keuze, maar het getuigt eveneens van een slechte moraal. Hierdoor is niet alleen de daad van de aanslagen verwerpelijk, maar ook de aard van de mensen die de aanslag pleegden. ‘...we go forward to defend freedom and all that is good and just in our world’, eindigde Bush zijn speech op 11 september. Vanaf het begin was het hiermee een strijd tussen goed en kwaad, tussen vrijheid en onderdrukking. Hoewel het een begrijpelijk standpunt is, is het op zijn zachtst gezegd een erg eenzijdige weergave van de werkelijkheid.

### *Beeldvorming rondom terroristen*

Met betrekking tot de vijand is er vanaf het begin een dominant narratief geschetst. Direct werd er gesproken over terroristen en vijanden, niet over bijvoorbeeld criminelen of misdadigers. Hodges geeft aan dat de verwachting van de omgang met misdadigers heel anders is dan de verwachting van de omgang met oorlogsvijanden. Misdadigers of criminelen zouden, in lijn met het ‘crime frame’ een juridisch proces moeten ondergaan, terwijl ‘consonant with the war frame, “enemies” should be dealt with on the battlefield’.<sup>168</sup>

Het doel van Al Qaeda werd omschreven als het willen opleggen van een nieuwe manier van leven, waarbij het Islamitische extremisme leidend zou zijn. ‘Al Qaeda is to terror what the mafia is to crime. But its goal is not making money; its goal is remaking the world -- and imposing its radical beliefs on people everywhere’, sprak Bush in zijn speech van 20 september.<sup>169</sup> Volgens de president was dit dan ook niet slechts een oorlog die gericht was

---

<sup>167</sup> George W. Bush, ‘Address To The Joint Session Of The 107th Congress’ (versie 20 september 2001), [http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected\\_Speeches\\_George\\_W\\_Bush.pdf](http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf) (17 september 2014), 66.

<sup>168</sup> Hodges, *The “War on Terror” Narrative*, 29.

<sup>169</sup> George W. Bush, ‘Adress to the Nation’ (versie 20 september 2001), <http://www.presidentialrhetoric.com/speeches/09.20.01.html> (9 april 2014).

tegen de Verenigde Staten, maar een oorlog die gericht was tegen de gehele beschaafde wereld.<sup>170</sup>

Ook in een speech op 7 december 2001, een dag waarop jaarlijks de aanval op Pearl Harbor herdacht wordt, schetste Bush een grimmig beeld van de mensen die deze terreurdaad gepleegd hadden.

... terrorists despise creative societies and individual choice -- and thus they bear a special hatred for America. They desire to concentrate power in the hands of a few, and to force every life into grim and joyless conformity. They celebrate death, making a mission of murder and a sacrament of suicide. Yet, for some reason -- for some reason, only young followers are ushered down this deadly path to paradise, while terrorist leaders run into caves to save their own hides.<sup>171</sup>

De mensen die verantwoordelijk waren voor de aanslagen, of onderdeel uitmaakten van de organisatie die verantwoordelijk was voor de aanslagen, werden beschreven als perfect getrainde moordenaars, maar ook als laf en oneerlijk. 'This enemy hides in the shadows, and has no regard for human life. This is an enemy who preys on innocent and unsuspecting people, then runs for cover.'<sup>172</sup> In hoeverre deze omschrijving aansluit bij de realiteit is moeilijk te zeggen, maar het is duidelijk een extreem beeld. De vijand werd geportretteerd als extreem boosaardig, gewelddadig en gevoelloos, bijna als onmenselijk.

Het detentiecentrum in Guantánamo Bay heeft vorm gekregen binnen dit narratief en maakt er onlosmakelijk deel van uit. De legitimatie van het detentiecentrum moet dan ook in dit licht bekeken worden.

---

<sup>170</sup> George W. Bush, 'Remarks in a Meeting With the National Security Team and an Exchange With Reporters at Camp David, Maryland' (versie 15 september 2001),

<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=63199&st=terrorism&st1> (9 april 2014).

<sup>171</sup> George W. Bush, 'We are fighting to win – And we will win' (versie 7 december 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/12/20011207.html> (14 april 2014).

<sup>172</sup> George W. Bush, 'Bush on Security Efforts', (versie 12 september 2001), [http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/transcripts/bushtext\\_091201.html](http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/transcripts/bushtext_091201.html) (14 augustus 2014).

## De aanloop naar het detentiecentrum

...just for the sake of the listening world, Guantánamo Bay's climate is different than Afghanistan. To be in an eight-by-eight cell in beautiful, sunny Guantánamo Bay, Cuba, is not a -- inhumane treatment. And it has a roof.<sup>173</sup>

Wat direct opvalt in het onderzoek naar de legitimatie van Guantánamo Bay, is dat het in 2002 niet Bush was die het voortouw nam in de discussie. In de speeches die de president gaf werd het detentiecentrum op Guantánamo Bay slechts een enkele keer zijdelings genoemd. De ontwikkeling werd met name besproken door Minister van Defensie Donald Rumsfeld en Vice-President Dick Cheney. Daarnaast stond Ari Fleisher de pers te woord namens het Witte Huis en ook hem werden een aantal kritische vragen gesteld. Maar de president zelf bleef dat jaar op de achtergrond en leek zich niet aan de kwestie te willen branden.

Toen in januari aangekondigd werd dat er gevangenen over zouden worden gebracht naar Guantánamo Bay, spitste de discussie zich vrijwel direct toe op hun toekomstige juridische status. Het leek vrij logisch dat de gevangenen de POW-status zouden krijgen, maar het werd al snel duidelijk dat de Amerikaanse regering hier anders over dacht. Fleisher gaf in de eerste dagen aan dat het toekennen van de POW-status sowieso geen algemeenheid zou worden, het moest individueel bekeken worden of de strijders voor deze status in aanmerking kwamen. Dit zou overigens een ongebruikelijke en omslachtige gang van zaken zou zijn, die niet is terug te zien tijdens eerdere oorlogvoering. Maar status of geen status, benadrukte Fleisher, de behandeling van de gevangenen zou 'humane and fair' zijn. 'I think it's safe to say that no matter where they are, Guantánamo or anywhere else, their conditions will be much better than the conditions under which they existed when they lived in Afghanistan'.<sup>174</sup> Met andere woorden, de gevangenen waren in goede handen. De Verenigde Staten hadden de Geneefse Conventies ondertekend en stonden achter de waarden die hierin uitgedragen werden. De gevangenen zouden dan ook behandeld worden 'in the spirit of Geneva', ongeacht of zij hier juridisch recht op hadden of niet. '...as I understand it, technically unlawful combatants do not have any rights under the Geneva Convention', gaf Rumsfeld aan tijdens de persconferentie op 11 januari, de dag dat de eerste gevangenen overgevlogen waren naar

---

<sup>173</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace' (versie 22 januari 2001), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2254> (30 juni 2014).

<sup>174</sup> The White House, *Press Secretary Briefings*, 'Press Briefing by Ari Fleischer' (versie 9 januari 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020109-5.html> (30 juni 2014).

Guantánamo Bay. 'We have indicated that we do plan to, for the most part, treat them in a manner that is reasonably consistent with the Geneva Conventions, to the extent they are appropriate, and that is exactly what we have been doing.'<sup>175</sup>

Toen eenmaal duidelijk werd dat de gevangenen inderdaad geen status als POW zouden krijgen ontstond er internationaal een ongemakkelijke situatie. Het besluit tot de verplaatsing van gevangenen naar Cuba had al enige verontwaardiging tot gevolg, met name door de geschiedenis van de basis, en deze nieuwe beslissing droeg daar behoorlijk aan bij. De grootste en meest belangrijke vraag was natuurlijk: waarom? Waarom koos de Amerikaanse regering ervoor de moeite te nemen de gevangenen over te vliegen naar een basis op Cuba, terwijl dit duidelijk een omslachtige keuze was? Waarom koos de Amerikaanse regering ervoor de gevangenen een POW-status te weigeren, terwijl dit vrijwel zeker tot internationale kritiek en wantrouwen zou leiden?

De legitimatie die gegeven werd door de Amerikaanse regering voor het vasthouden en verhoren van de gevangenen op Guantánamo Bay in 2002, is op te delen in drie thema's. Allereerst werd bepleit dat het afwijken van de Geneefse Conventie een juridische kwestie was die buiten de verantwoordelijkheid van de Amerikaanse regering lag. De gevangenen kregen geen POW-status, simpelweg omdat zij niet aan de criteria voldeden. Zij behoorden niet tot een staatsleger, hadden geen duidelijke militaire structuur en droegen hun wapens en uniformen niet openlijk. Het niet toekennen van de POW-status was daardoor zagezegd geen beslissing van de Amerikaanse regering, maar het gevolg van de feitelijke situatie zoals die was in dit conflict. Omdat de Amerikaanse natie de waarden van de Geneefse Conventie hoog in het vaandel had staan, zouden deze toch grotendeels nageleefd worden, ook al waren de Verenigde Staten hier juridisch gezien niet toe verplicht. Het zou om deze reden weinig uitmaken of de gevangenen een officiële status hadden als POW of niet, de behandeling zou hetzelfde zijn. Dat was het idee dat veelvuldig werd verkondigd door de Amerikaanse regering.

Ten tweede werd het idee van de noodzaak tot zelfbescherming aangevoerd. Ook deze legitimatie had meerdere lagen. Het was zowel de aard van de strijd die vroeg om nieuwe regels, als de aard van de vijand zelf. De strijd werd omschreven als onconventioneel en onvoorspelbaar, waardoor de bestaande regels niet geheel toereikend waren. Dit gold eveneens voor de vijand, die zo kwaadaardig en bedreven was dat de bestaande technieken van verhoor hem niet leken te raken. Zij zouden zo uitzonderlijk gevaarlijk en goed getraind

---

<sup>175</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 11 januari 2001), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2031> (30 juni 2014).

zijn, dat een ‘gewone’ gevangenis voor hen niet afdoende was. ‘We've got to remember that these are very, very dangerous people’, benadrukte generaal Richard Myers tijdens de eerste persconferentie. ‘I mean, these are people that would gnaw hydraulic lines in the back of a C-17 to bring it down. I mean, these are very, very dangerous people, and that's how they're being treated.’<sup>176</sup> Een uitzonderlijke vijand vraagt om uitzonderlijke maatregelen. Het was wellicht niet de beste optie om deze mensen op Guantánamo Bay vast te houden en te ondervragen, maar het afzien hiervan zou de Amerikaanse nationale veiligheid in gevaar brengen. Kortom, een irreguliere strijd vraagt om irreguliere regels.

Het derde thema was de Amerikaanse aard zelf. Hierbij was de strekking dat elke zorg met betrekking tot de gevangenen onnodig was, puur en alleen omdat zij in handen waren van de Amerikanen en het ondenkbaar was dat het Amerikaanse leger de gevangenen niet goed zou behandelen. De Verenigde Staten profileerde zich als toonbeeld van de liberale democratie en voorvechter van mensenrechten. Deze normen en waarden zouden zo verankerd zijn in de Amerikaanse identiteit, dat het onnodig was dat dit verzekerd werd met bepaalde regels, zoals de Geneefse Conventie. Of het nu juridisch vastgelegd was of niet, de Verenigde Staten zouden sowieso het juiste doen, omdat zij de Verenigde Staten waren.

Steeds weer komen deze drie thema's terug, al verschilde het per situatie welke legitimatie de overhand had.

## Simpelweg een juridische kwestie

...let there be no doubt, the treatment of the detainees in Guantánamo Bay is proper, it's humane, it's appropriate, and it is fully consistent with international conventions.<sup>177</sup>

De meest belangrijke en meest gebruikte legitimatie is ongetwijfeld de juridische legitimatie. In 2002, toen het detentiecentrum voor het eerst gebruikt werd, was deze legitimatie dan ook veelvuldig te horen. Het feit dat de gevangenen verplaatst konden worden naar Cuba,

---

<sup>176</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers’ (versie 11 januari 2001), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2031> (30 juni 2014).

<sup>177</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace’ (versie 22 januari 2001), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2254> (30 juni 2014).



vastgehouden konden worden voor onbepaalde tijd, zonder officiële aanklacht, en verhoord konden worden, was allemaal het gevolg van het gebrek aan een status als oorlogsgevangene. Zoals eerder vermeld, legitimeerde de Amerikaanse regering dit door aan te geven dat de gevangenen simpelweg niet aan de criteria voldeden. Opvallend hierbij is dat dit niet werd omschreven als een presidentiële beslissing, wat het in feite was, maar als een strikt juridische aangelegenheid, uitgezocht door kundige advocaten en een kwestie waar het Ministerie van Defensie zelf weinig kaas van had gegeten. ‘I’m not a lawyer and I don’t really spend a lot of time engaging these issues’, zei Rumsfeld eind januari. ‘There are terrific people in the Department of Justice and in the White House and in the General Counsel’s Office who worry through these things.’<sup>178</sup>

Hoewel Rumsfeld steeds weer benadrukte dat het wel of niet toekennen van een POW-status een juridische aangelegenheid was voor juridische deskundigen, gaf hij wel verschillende keren zijn eigen interpretatie van de Geneefse Conventie. Rumsfeld verklaarde bijvoorbeeld, tijdens een van de eerste keren dat de POW-status in een persconferentie ter sprake kwam, dat de Derde Geneefse Conventie onderscheid maakt tussen ‘lawful’ en ‘unlawful’ combatants.

My understanding of the situation is that one of the higher purposes of the Geneva Convention was to distinguish between legitimate combatants and unlawful combatants -- lawful combatants, on the one hand, and unlawful on the other. And the reason for doing that was that they felt that a higher standard should be provided and given to people who, in fact, wore uniforms; who, in fact, were fighting on behalf of a legitimate government; who did carry their weapons openly and who did do those things that men and women in the United States armed forces do as a matter of course -- wear insignia indicating who they are.<sup>179</sup>

Rumsfeld benaderde de Geneefse Conventie dus als een privilege. ‘...people who clearly fit within the Geneva Convention because they behaved in a manner that the participants in the Geneva Convention felt ought to be rewarded with a certain level of treatment, as opposed to people who systematically did not behave in that way and therefore ought not to be rewarded with that same level of handling.’<sup>180</sup> In een latere persconferentie werd Rumsfeld de vraag

---

<sup>178</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace’ (versie 22 januari 2001), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2254> (30 juni 2014).

<sup>179</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace’ (versie 22 januari 2001), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2254> (30 juni 2014).

<sup>180</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers’ (versie 24 januari 2001), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2292> (31 juni 2014).

gesteld of dit mes niet aan twee kanten zou snijden, zou het geen gevaar opleveren voor de Amerikaanse troepen in Afghanistan als er werd afgeweken van de Geneefse Conventie? Rumsfeld ontkende dit stelling en gaf aan dat het een ‘terrible thing’ zou zijn om de scheidslijnen die de Geneefse Conventie stelde aan de status de laten vervagen.

The whole purpose of the Geneva Convention is to have a category for prisoners of war that get a special standing under that, if in fact they avoid blurring the distinction between innocent people, civilians and soldiers. So the two-edged sword that you mentioned is something that will not be a problem for us because our soldiers behave like soldiers, they look like soldiers, they dress like soldiers. And they don't go around killing innocent civilians.<sup>181</sup>

De Amerikaanse troepen zouden beloond worden voor hun goede gedrag, de strijders van Al Qaeda strijders gestraft voor hun slechte gedrag. Het gevaar voor het toepassen van de Conventie op hen die dat niet verdienden was dan ook dat het systeem van beloning wegviel, waardoor het niet meer nodig zou zijn de Conventie na te leven. ‘To give a POW status to people who did not respect the rules clearly would undermine the conventions' incentive system and would have the non-intuitive effect of increasing the danger to civilians in other conflicts’, aldus Rumsfeld.<sup>182</sup>

Een ander argument voor het niet toekennen van de POW-status was dat het hier geen oorlogsdaad van een staat betrof, aangezien Al Qaeda een terroristische organisatie was en niet een statelijke actor. Rumsfeld gaf aan dat juridische deskundigen ‘who did not drop out of law school, as I did’ onwenselijke gevolgen zagen als de Geneefse Conventie werd toegepast op Al Qaeda als zijnde een staat.<sup>183</sup> Ook ook vice-president Dick Cheney droeg dit argument aan toen hij eind januari verscheen bij ABC's This Week. ‘The Geneva Convention applies specifically to war between states. There are provisions in there that apply to civil wars. But there's a real question about whether or not the Geneva Convention, as a convention, can be interpreted to apply to the new situation we're faced with’, stelde Cheney

---

<sup>181</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers’ (versie 30 januari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2418> (15 juni 2014).

<sup>182</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers’ (versie 8 februari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2254> (3 juli 2014).

<sup>183</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers’ (versie 8 februari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2254> (3 juli 2014).

in het gesprek.<sup>184</sup> Omdat het geen interstatelijke oorlog zou zijn, zou de Geneefse Conventie niet toepasbaar zijn, waardoor er volgens Cheney een andere juridische weg bewandeld moest worden. Hij gaf aan dat de gevangenen humanair behandeld zouden worden, maar dat zij niet dezelfde rechten hadden als oorlogsgevangenen.<sup>185</sup> De reden hiervoor is niet moeilijk te bedenken en werd eigenlijk door Cheney zelf al direct aangedragen. ‘They may well have information about future terrorist attacks against the United States. We need that information, we need to be able to interrogate them and extract from them whatever information they have.’<sup>186</sup> De reden dat de gevangenen de POW-status niet kregen was dat de Amerikaanse regering de mogelijkheid wilde hebben hen te verhoren.

## Groeiende kritiek

Hoewel er redelijk wat discussie was ontstaan rond de overplaatsing van gevangenen naar Guantánamo Bay, was dit niets vergeleken met de internationale verontwaardiging die ontstond toen zich daadwerkelijk een beeld vormde van het detentiecentrum. Een paar dagen nadat de eerste gevangenen overgeplaatst werden, gaf het Ministerie van Defensie een aantal foto's vrij die het imago van het detentiecentrum geen goed deden, een keuze die zij later openlijk betreurden.<sup>187</sup> Dit zijn de iconische foto's van Camp X-Ray, die voor de meeste mensen nog steeds symbool staan voor Guantánamo Bay. Hierin zijn de gevangenen te zien in oranje jumpsuits, hun hoofd bedekt met zwarte kappen en vastgehouden in stalen kooien, onbeschut in de Cubaanse zon. Hoewel de beslissing nooit vrij van controverses was geweest, veroorzaakten de eerste foto's een stortvloed aan kritiek.

---

<sup>184</sup> The White House, *Speeches*, ‘The Vice President Appears on ABC's This Week’ (versie 27 januari 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/vicepresident/news-speeches/speeches/vp20020127.html> (16 juni 2014).

<sup>185</sup> The White House, *Speeches*, ‘The Vice President Appears on ABC's This Week’ (versie 27 januari 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/vicepresident/news-speeches/speeches/vp20020127.html> (16 juni 2014).

<sup>186</sup> The White House, *Speeches*, ‘The Vice President Appears on ABC's This Week’ (versie 27 januari 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/vicepresident/news-speeches/speeches/vp20020127.html> (16 juni 2014).

<sup>187</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace’ (versie 22 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2254> (3 juni 2014).

De kritiek was hoofdzakelijk van Europese aard. Verschillende Europese leiders uitten hun kritiek op de Amerikaanse behandeling van oorlogsgevangenen.<sup>188</sup> Zowel de Duitse als de Nederlandse regering riep de Verenigde Staten op de gevangenen te behandelen volgens de Geneefse Conventie en ook de Europese Unie als geheel veroordeelde de “wetteloosheid”.<sup>189</sup> Javier Solana, buitenlandcoördinator van de Europese Unie, maakte een statement namens Europese leiders en riep Washington op de gevangenen een status als krijgsgevangenen te geven en hen gepast te behandelen.<sup>190</sup>

Hoewel toenmalig premier Tony Blair in eerste instantie aangaf de beslissing van de Amerikaanse president te steunen, werden de foto's in de Britse pers zeer negatief ontvangen. *The Mail on Sunday* plaatste een grote kop met het woord ‘Torture’ boven een van de foto's en *The Mirror* noemde de behandeling van gevangenen ‘barbaric’.<sup>191</sup> Ook *The Independent* toonde zich uitermate kritisch. Het zou hier niet enkel gaan om een controversiële beslissing van de Verenigde Staten, maar het zou daarnaast een uiting zijn van de complexe relatie tussen de dominante Verenigde Staten en zijn Europese bondgenoten.<sup>192</sup> ‘America believes it is conducting a righteous war to rid the world of a deadly enemy that will stop at nothing to achieve its fiendish ends. Europe, though, increasingly sees an arrogant superpower on the loose,’ zo schreef de krant.<sup>193</sup>

Ook buiten Europa was felle kritiek te horen. De Canadese columniste Heather Mallick, verbonden aan de University of Toronto en werkzaam voor onder andere *The Toronto Star* en *The Guardian*, schreef over het vrijgeven van de foto's: ‘At first, I thought the release of the photos was a refreshing sign of press freedom, but it wasn't. It was the result of the first level of US justification: The belief that nobody -- not the Western nations, not decent Americans, not even Arab allies -- would mind seeing humans made stateless, humiliated and displayed in a zoo. And if they did, so what? *We're allowed.*’<sup>194</sup> Ook Canadees

---

<sup>188</sup> Trouw, ‘Bush verzacht standpunt’ (versie 30 januari 2002), <http://www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/archief/article/detail/2792077/2002/01/30/Bush-verzacht-standpunt.dhtml> (12 juli 2014).

<sup>189</sup> S. Erlanger, ‘Europeans Fault U.S. as Arrogant on Detainees’, *International Herald Tribune*, 24 januari 2002.

<sup>190</sup> J. Geerdink, ‘Amerika ontwijkt met reden Geneefse Conventie’ (versie 28 januari 2002), <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/635030/2002/01/28/Amerika-ontwijkt-met-reden-Geneefse-Conventie.dhtml> (12 juli 2014).

<sup>191</sup> B. Gardiner, ‘Guantánamo prisoner photos stir controversy in Britain’, *BC Cycle The Associated Press International*, 20 januari 2002.

<sup>192</sup> R. Cornwell, ‘Guantánamo Bay: Just Retribution Or An Abuse Of Human Rights? A Big Question, With Only One Answer’, *The Independent*, 18 januari 2002, 5.

<sup>193</sup> R. Cornwell, ‘Guantánamo Bay: Just Retribution Or An Abuse Of Human Rights? A Big Question, With Only One Answer’, *The Independent*, 18 januari 2002, 5.

<sup>194</sup> H. Mallick, ‘The heart of darkness beats clear and steady in Guantánamo Bay’, *Toronto Globe and Mail*, 26 januari 2002.

voormalig parlamentslid John Godfrey sprak zich uit tegen de Amerikaanse behandeling van de gevangenen. ‘The real test of your values as a citizen is how you treat other people who you don't necessarily like very much, under difficult conditions. That is the true test of your humanity and your civilization.’<sup>195</sup> Deze uitspraak sloot echter niet aan bij het standpunt van de Canadese regering, die aangaf geen reden te hebben om te denken dat de gevangenen niet goed behandeld werden.<sup>196</sup>

Dichter bij huis was ook kritiek te horen. In het Vlaamse dagblad *De Standaard* stelden Jan Wouters, Heidi Panken en Ariane Van den Berghe, allen verbonden aan de Katholieke Universiteit Leuven, zich de vraag of Amerika eigenhandig de westerse waarden ondergroef.<sup>197</sup> De ‘storm van protest’ die het overbrengen van de gevangenen naar Cuba deed opwaaien was volgens hen terecht. ‘Het humanitair recht laat er geen twijfel over bestaan dat wie als gevangene in handen valt van de tegenstander te allen tijde recht heeft op een menswaardige behandeling, zelfs indien hij niet in aanmerking komt voor het statuut van krijgsgevangene. Het transport van deze mensen, geketend aan handen en voeten en met een kap over het hoofd, het afscheren van hun baard -- die deel uitmaakt van hun religieuze identiteit -- en hun „huisvesting” in halfopen en veel te kleine kooien kunnen deze toets waarschijnlijk nooit doorstaan.’<sup>198</sup>

Verschillende mensenrechtengroeperingen spraken zich eveneens uit tegen de omstandigheden van de gevangenen. Sommige groeperingen trokken een vergelijking met de martelingen tijdens de Koude Oorlog.<sup>199</sup> Tom Malinowski van Human Rights Watch waarschuwde de Verenigde Staten dat ze moesten uitkijken dat de ‘rawness of 11 September’ niet de Amerikaanse waarden en normen zou besmetten.<sup>200</sup> Malinowski gaf aan dat hij de boosheid van de Amerikaanse samenleving en de onverschilligheid ten opzichte van de

---

<sup>195</sup> CBC News, ‘Liberal MP wants guarantees on rights of Afghan prisoners’ (versie 22 januari 2002), <http://www.cbc.ca/news/canada/liberal-mp-wants-guarantees-on-rights-of-afghan-prisoners-1.352032> (20 juli 2014).

<sup>196</sup> CBC News, ‘Liberal MP wants guarantees on rights of Afghan prisoners’ (versie 22 januari 2002), <http://www.cbc.ca/news/canada/liberal-mp-wants-guarantees-on-rights-of-afghan-prisoners-1.352032> (20 juli 2014).

<sup>197</sup> J. Wouters, H. Panken en A. Van den Berghe, ‘Ondergraaft Amerika zelf de westerse waarden?’ (versie 19 januari 2002), <https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/159915/1/Ondergraaft+Amerika+zelf+de+westerse+waarden.pdf> (21 juli 2014).

<sup>198</sup> J. Wouters, H. Panken en A. Van den Berghe, ‘Ondergraaft Amerika zelf de westerse waarden?’ (versie 19 januari 2002), <https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/159915/1/Ondergraaft+Amerika+zelf+de+westerse+waarden.pdf> (21 juli 2014).

<sup>199</sup> BBC News, ‘In pictures: Camp X-Ray prisoners’ (versie 20 januari 2002), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1771816.stm> (21 juli 2014).

<sup>200</sup> T. Franks, ‘US public unmoved by camp conditions’ (versie 18 januari 2002), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1767227.stm> (21 juli 2014).

gevangenen begreep, ‘... but this is not just about having sympathy for a particular group of detainees, it’s about upholding a set of standards that allow the United States to complain when its own citizens face similar conditions’.<sup>201</sup> Want hoewel er op internationaal niveau behoorlijk negatief werd gereageerd, ontstond er in de Amerikaanse samenleving opvallend weinig commotie rond de vrijgegeven foto’s. ‘Eigen schuld, dikke bult’, zo leken veel Amerikanen te denken.

*TIME Magazine*, een wereldwijd invloedrijk Amerikaans opinieblad, gaf aan dat de hele situatie met name een ‘matter of legality’ was.<sup>202</sup> Wellicht volgde de Amerikaanse regering inderdaad niet geheel de gezette lijnen, maar noodzaak breekt wet en zo slecht hadden de gevangenen het nu ook weer niet. ‘Things could be worse’, zo eindigde het artikel, ‘the prisoners may be in Cuba, but nobody has yet forced them to listen to Fidel Castro’s long-winded speeches. Now that really would be cruel.’<sup>203</sup> Achteraf gezien een weinig kritisch artikel voor een opinieblad met dergelijke reputatie.

Ook binnen de Amerikaanse samenleving leek het detentiecentrum op Guantánamo Bay weinig stof te doen opwaaien. Op 7 februari zette *CNN* samen met *USA Today* en *Gallup* een poll op, waaruit bleek dat 72% van de Amerikaanse bevolking de behandeling van de gevangenen op Guantánamo Bay acceptabel vond, slechts 4% vond de behandeling onacceptabel.<sup>204</sup>

Toch was er ook in de Verenigde Staten kritiek te horen, van de pers maar ook van hooggeplaatste personen. Zo riep Minister van Buitenlandse Zaken Colin Powell president Bush op tot het herzien van zijn besluit dat de Geneefse Conventie niet van toepassing zou zijn. Powell was van mening dat de Verenigde Staten moesten laten zien dat zij zich niet boven het internationale oorlogsrecht verheven voelden.<sup>205</sup> Toen Rumsfeld echter later gevraagd werd naar het standpunt van Powell, ontkende hij dat er ook maar enige verdeeldheid heerste binnen de Amerikaanse regering.

---

<sup>201</sup> T. Franks, ‘US public unmoved by camp conditions’ (versie 18 januari 2002), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1767227.stm> (21 juli 2014).

<sup>202</sup> M. Elliott, ‘Welcome to Camp X-Ray’ (versie 22 januari 2002), <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,195299,00.html> (versie 21 juli 2014).

<sup>203</sup> M. Elliott, ‘Welcome to Camp X-Ray’ (versie 22 januari 2002), <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,195299,00.html> (versie 21 juli 2014).

<sup>204</sup> L. Saad, ‘Few Americans Object to Treatment of Guantánamo Bay Captives, Three in four say it’s “acceptable”’ (versie 7 februari 2002), <http://www.gallup.com/poll/5302/few-americans-object-treatment-Guantánamo-bay-captives.aspx> (22 juli 2014).

<sup>205</sup> Trouw, ‘Bush verzacht standpunt’ (versie 30 januari 2002), <http://www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/archief/article/detail/2792077/2002/01/30/Bush-verzacht-standpunt.dhtml> (20 juli 2014).

Op 23 januari besloot de Amerikaanse regering tijdelijk te stoppen met het verplaatsen van gevangenen naar Guantánamo Bay. Met name om te voorkomen dat het detentiecentrum uit zijn voegen zou barsten, maar ook als reactie op de internationale kritiek.<sup>206</sup> Een bericht eind januari van het ICRC, dat verschillende bezoeken aan het detentiecentrum had gebracht, deed de kritiek enigszins verstommen. Het ICRC betitelde de beschuldigingen dat de Verenigde Staten de gevangenen barbaars zouden behandelen als ‘absoluut onjuist’.<sup>207</sup> Al snel vlogen er opnieuw vliegtuigen met gevangenen naar de bestemming Guantánamo Bay. En al snel zwol er ook weer nieuwe kritiek aan.

## De Amerikaanse aard als geruststelling

These are fine, well-trained young men and women who are serving our country well, and it is a disservice to them to suggest anything to the contrary.<sup>208</sup>

In verschillende persconferenties reageerde Rumsfeld fel op de kritiek die was ontstaan rond het detentiecentrum naar aanleiding van de foto's. ‘Utter nonsense’, zo noemde hij de beschuldiging dat er sprake zou zijn van mishandeling. ‘No detainee has been harmed, no detainee has been mistreated in any way’, reageerde hij geïrriteerd. ‘And the numerous articles, statements, questions, allegations, and breathless reports on television are undoubtedly by people who are either uninformed, misinformed or poorly informed’.<sup>209</sup>

Het was volgens Rumsfeld ondenkbaar dat de Verenigde Staten de gevangenen anders dan humaan zou behandelen, dat zou niet aansluiten bij de Amerikaanse moraal of bij de Amerikaanse traditie. ‘There is no question but that people that are being detained by the United States are being treated humanely. They are being treated in a manner that's consistent

---

<sup>206</sup> S. Vogel, ‘Prisoner Flights to Cuba on Hold; Potential Overcrowding and International Criticism Cited’, *The Washington Post*, 24 januari 2002, 1.

<sup>207</sup> J. Heerdink, ‘Amerika ontwijkt met reden Geneefse Conventie’ (versie 28 januari 2002), <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/635030/2002/01/28/Amerika-ontwijkt-met-reden-Geneefse-Conventie.dhtml> (22 juli 2014).

<sup>208</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace’ (versie 22 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2254> (3 juni 2014).

<sup>209</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace’ (versie 22 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2254> (3 juni 2014).

with the Geneva Convention, whether or not they merit that kind of a treatment. That is what the United States does. That's what the kind of people we have in the armed forces do, is treat people decently. And suggestions to the contrary are misinformed, at the minimum.<sup>210</sup> Ook Fleisher droeg deze geruststelling veelvuldig aan. 'In all cases, the President will reflect a policy that is a given with America's traditions of treating military detainees well, treating them humanely, giving them full rations of food, three meals a day, medical treatment. All of that will be a given, no matter what decisions the President makes, because that's a reflection of the values of the United States and the way our military treats people', zo verkondigde de woordvoerder.<sup>211</sup> Toen op 8 februari definitief bekend werd dat de gevangenen niet konden rekenen op een POW-status, verzekerde Rumsfeld dat dit geen invloed zou hebben op de behandeling.

...we will continue to treat them consistent with the principles of fairness, freedom and justice that our nation was founded on, the principles that they obviously abhor and which they sought to attack and destroy. Notwithstanding the isolated pockets of international hyperventilation, we do not treat detainees in any manner other than a manner that is humane.<sup>212</sup>

Daarnaast werd er gehamerd op het feit dat het hier niet ging om 'gewone' gevangenen, maar om mensen met andere normen en waarden. 'These are among the worst of the worst who are being detained because of what they have done, because of the suicidal nature of the actions that they have taken -- their willingness, their training to go out and kill and destroy and engage in suicide if they can take others with them', aldus Fleisher.<sup>213</sup> Ook Rumsfeld benadrukte keer op keer de gevaarlijkheid van de gevangenen.

They killed dozens and dozens and dozens of people in Mazar-e Sharif. They are the hardest of the hard core. They broke loose in Pakistan and killed Pakistani soldiers. (...) so you start out with the fact that these are the very hardest core terrorists.

---

<sup>210</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace' (versie 22 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2254> (3 juni 2014).

<sup>211</sup> The White House, *News*, 'Press Briefing by Ari Fleischer', (versie 7 februari 2002), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/02/20020207-6.html> (22 juli 2014).

<sup>212</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 8 februari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2624> (20 juli 2014).

<sup>213</sup> The White House, *Press Secretary Briefings*, 'Press Briefing by Ari Fleischer' (versie 23 januari 2002), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020123-18.html> (20 juli 2014).



People who walk out as they did recently in Kandahar with a hand grenade and blow themselves up and try to blow other people up coming out of a hospital.<sup>214</sup>

Hij leek hiermee te willen zeggen dat medelijden met deze mensen geheel misplaatst zou zijn. ‘They are being treated vastly better than they treated anybody else over the last several years and vastly better than was their circumstance when they were found’, zo geeft hij aan. ‘I do not feel even the slightest concern about their treatment’.<sup>215</sup>

Verschillende malen werd benadrukt dat de president de gevangenen wilde behandelen op een manier die in lijn stond met de Geneefse Conventies, maar dat hij tegelijkertijd ook de veiligheid van de Amerikaanse troepen op de basis en elders in de gaten moest houden. Zij mochten niet blootgesteld worden aan gevaar.<sup>216</sup> ‘...these are among the most dangerous, best trained vicious killers on the face of the earth. And that means that the people taking care of these detainees and managing their transfer have to be just exceedingly careful for two reasons. One, for their own protection, but also so these people don't get loose back out on the street and kill more people.’<sup>217</sup>

Steeds meer kreeg Guantánamo op deze manier het imago van een plek waar enkel het ergste van het ergste zat. Een soort elite-gevangenis voor uitzonderlijk gevaarlijke criminelen. Dit leidde tot de redentatie dat, als je in Guantánamo Bay was beland, je heel wat op je kerfstok moest hebben. Deze omgekeerde redentatie was in de legitimatie vaak terug te zien. Eind januari gaf Cheney bijvoorbeeld een interview aan ABC's This Week, waarin hij uitlegde dat de gevangenen niet dezelfde rechten zouden hebben als POWs. Maar, zo verklaarde hij de afwijking van de norm, je belandde dan ook niet zomaar in Guantánamo. ‘These are bad people’, aldus Cheney. ‘I mean, they've already been screened before they get to Guantánamo.’<sup>218</sup> Met andere woorden, als je in Guantánamo terecht was gekomen moest je extreem wreed van aard zijn, waarmee je de rechten op bescherming van de Geneefse Conventie in feite had verspild.

---

<sup>214</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary Rumsfeld Roundtable with Radio Media’ (versie 15 januari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2132> (24 juli 2014).

<sup>215</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary Rumsfeld Roundtable with Radio Media’ (versie 15 januari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2132> (24 juli 2014).

<sup>216</sup> The White House, *Press Secretary Briefings*, ‘Press Briefing by Ari Fleischer’ (versie 23 januari 2002), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020123-18.html> (20 juli 2014).

<sup>217</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary Rumsfeld Media Availability en route to Guantánamo Bay, Cuba’ (versie 27 januari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2320> (24 juli 2014).

<sup>218</sup> The White House, *Speeches*, ‘The Vice President Appears on ABC's This Week’ (versie 27 januari 2002), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/vicepresident/news-speeches/speeches/vp20020127.html> (19 juli 2014).

Hoewel dit soort uitspraken na het verschijnen van de foto's veelvuldig te horen waren, is het opvallend omdat Rumsfeld op 11 januari, de dag dat de eerste gevangenen naar Guantánamo Bay werden overgebracht, iets heel anders zei. Toen hem tijdens een persconferentie gevraagd werd op basis waarvan bepaald werd welke gevangenen overgeplaatst werden, antwoordde hij dat dit willekeurige selectie was. Het zou met name gaan om het creëren van ruimte. Het totale aantal gevangenen was groot en 'we just have to keep the flow going', aldus Rumsfeld.<sup>219</sup> De minister beargumenteerde dat het waarschijnlijk gevangenen waren van het eerste uur, waarbij de ondervragingen weinig meer bereikten. De plekken die zij bezet hielden zouden hard nodig zijn voor andere gevangenen en door hen naar Guantánamo Bay te verplaatsen werd er meer ruimte gecreëerd.<sup>220</sup> Deze verklaring was echter enkel deze ene keer te horen, na het verschijnen van de eerste foto's en de kritiek die daarmee gepaard ging, werd enkel nog benadrukt dat het hier om de meest gevaarlijke terroristen ging.

## Nood breekt wet

These people are committed terrorists. We are keeping them off the street and out of the airlines and out of nuclear power plants and out of ports across this country and across other countries. And it seems to me a perfectly reasonable thing to do.<sup>221</sup>

Met betrekking tot Guantánamo Bay werden er een aantal maatregelen genomen die indruisten tegen het bestaande oorlogsrecht en de bepalingen van de Geneefse Conventie. De Amerikaanse regering heeft deze beslissingen in 2002 op verschillende manieren gelegitimeerd, maar het idee dat nood wet breekt lijkt steeds weer de leidende visie te zijn geweest.

---

<sup>219</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 11 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2031> (24 juli 2014).

<sup>220</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 11 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2031> (24 juli 2014).

<sup>221</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace' (versie 22 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2254> (3 juni 2014).

## *Indefinite detention*

Nadat in februari 2002 duidelijk was geworden dat de gevangenen niet de POW-status zouden krijgen, ontstonden er steeds meer vragen over wat er nu met hen ging gebeuren. Het vasthouden van de gevangenen zonder enige vorm van berechting, zonder POW-status en zonder officiële aanklacht zorgde voor aardig wat kritiek. Woordvoerder Fleisher benadrukte dat het vastzetten van de gevangenen met name een preventieve handeling was, om te voorkomen dat er opnieuw ‘acts of aggression’ zouden plaatsvinden. ‘...the alternative is to let them roam Afghanistan free again to commit more crimes and to engage in war, that's clearly not an option that anybody is going to pursue.’<sup>222</sup>

Rumsfeld gaf aan dat het in oorlogstijd gebruikelijk is gevangenen vast te houden gedurende de strijd. Dit zou een geheel logische beslissing zijn, niet in strijd met bestaande normen of met vergelijkbare situaties in het verleden. Het zou zelfs gevaarlijk zijn hiervan af te zien. ‘Even in a case where an enemy combatant might be acquitted, the United States would be irresponsible not to continue to detain them until the conflict is over. Detaining enemy combatants for the duration of a conflict is universally recognized as responsible and lawful. This is fully consistent with the Geneva Conventions and other war authorities. This is a matter of simple common sense, I would say. The detainees include dangerous terrorists who committed brutal acts and are sworn to go back to do it again. To protect the American people, the United States has every right to hold enemy combatants for the duration.’<sup>223</sup>

Toen Rumsfeld eind januari gevraagd werd of de gebruikelijke gang van zaken voor oorlogsgevangenen zou worden toegepast, dat zij uiteindelijk ofwel in staat van beschuldiging zouden worden gesteld ofwel zouden worden vrijgelaten, antwoordde hij bevestigend. ‘I would think that one could reasonably assume that that will be the case here; that at some point, they will either be charged or released.’<sup>224</sup> Op de vraag hoe zij dan berecht zouden worden, via het Amerikaanse rechtssysteem, of via militaire tribunalen, gaf de minister geen eenduidig antwoord, ‘those are questions for lawyers’.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> The White House, *Press Secretary Briefings*, ‘Press Briefing by Ari Fleischer’ (versie 9 januari 2002), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020109-5.html> (19 juli 2014).

<sup>223</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers’ (versie 28 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3380> (22 juli 2014).

<sup>224</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace’ (versie 22 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2254> (3 juni 2014).

<sup>225</sup> Ibidem.

## *Militaire commissies*

Al snel werd echter duidelijk dat er al wel degelijk was nagedacht over die vraag. Een dag later gaf Rumsfeld namelijk in een interview aan *The Telegraph* aan dat Bush een militair bevel had uitgevaardigd waarin stond dat er commissies zouden komen waarbinnen gevangenen terecht zouden staan. Rumsfeld legde de plannen verder uit tijdens een briefing van het Ministerie van Defensie eind maart 2002, tezamen met staatssecretaris van Defensie Douglas Feith en William Haynes, juridisch adviseur voor het Ministerie. De minister verklaarde hier dat de president voor militaire commissies had gekozen omdat hij een andere optie wilde naast het federale hof en de militaire rechtbank. Haynes gaf aan dat de commissies niet gezien moesten worden als een falen van het huidige systeem, maar als een extra optie voor de president, noodzakelijk vanwege de irreguliere karakter van deze strijd.<sup>226</sup> ‘We've never had to face an organization whose principal mode of operation is to hide behind civilians and to attack innocent people indiscriminately on such a large scale. The president needed to have this extra option for him to consider, to employ in appropriate circumstances’, aldus Haynes.<sup>227</sup>

Daarnaast gaf Feith aan dat het niet de bedoeling was te wachten met de militaire commissies totdat de oorlog voorbij was, wat de meest gangbare procedure is. ‘...we are furthermore fighting a war that's going to last for a long time, and we want to try to bring justice to some of these individuals while the war is still under way. In many past cases, military commissions were after the war was over. One of the things that is on our minds here is this war is going to go on for a long time, and we want to make sure that these proceedings, which are going on in the middle of the war, do not interfere with our war effort and may -- because of the way we would be able to handle interrogations and intelligence information, may actually assist us in promoting our war aims.’<sup>228</sup> Volgens Feith waren dit de argumenten waarop de president zijn keuze baseerde om ‘well-established institutions’ op een nieuwe manier in te zetten. Een andere reden was dat het lastig was een solide zaak op te bouwen met genoeg bewijsmateriaal voor een veroordeling in een normale rechtszaak.<sup>229</sup>

Rumsfeld leek zich in te willen dekken voor kritiek en gaf aan het begrijpelijk te vinden dat er vraagtekens geplaatst werden bij de regels en procedures van de commissies, aangezien deze afweken van de normale gang van zaken. Maar, zo klonk opnieuw het motto,

---

<sup>226</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing on Military Commissions’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3367> (4 juni 2014).

<sup>227</sup> Ibidem.

<sup>228</sup> Ibidem.

<sup>229</sup> Ibidem.

een onconventionele situatie vraagt om onconventionele regels. ‘...I want to be clear from the start. The commissions are intended to be different, and the reason is -- is because the president recognized that there had to be differences to deal with the unusual situation we face and that a different approach was needed for that reason, just as was the case during several previous conflicts in our country's history.’<sup>230</sup> De reden die er werd gegeven voor het afstappen van de normale gang van zaken was dat er wellicht gevoelige informatie naar buiten zou komen, wat een gevaar kon vormen voor de nationale veiligheid. Hierdoor zou het niet verstandig zijn de commissies openbaar te maken. Daarnaast zou het militair personeel beter met de dreiging om kunnen gaan die van deze terroristen uitging. Deze redenen lijken enigszins vergezocht. Eerdere aanslagen zijn ook veroordeeld via deze rechtsgangen en ongetwijfeld hebben er eerder mensen terecht gestaan van wie een behoorlijke dreiging uitging.

Het besluit tot militaire commissies werd weinig enthousiast ontvangen. De belangrijkste kritiek was dat het moeilijk te controleren was of het proces daadwerkelijk eerlijk en onpartijdig verliep als het een geheel gesloten proces was. Met name de angst voor ‘command influence’ was groot. Hierbij ging het om erom dat de president eveneens de Commander in Chief was, waarmee hij gezag voerde over het militair personeel dat de commissies zou uitvoeren. Hierdoor kon er getwijfeld worden aan de onpartijdigheid van deze commissies. Bush en andere leden van de regering hadden zich veelvuldig uitgelaten over de kwaadaardige aard van de gevangenen, wat weinig objectiviteit liet zien.<sup>231</sup> Voor zowel Bush als voor Rumsfeld en Cheney leek het alsof het vonnis al duidelijk was, in Guantánamo Bay zaten enkel schuldigen. Tijdens de persconferentie op het Ministerie van Defensie nam één van de aanwezige journalisten het woord ‘kangaroo-courts’, schijnrechtszaken, in de mond, wat hem door Rumsfeld niet in dank werd afgenomen. ‘There's that word. There's that word. You had to get that "kangaroo court" in there so that people would have that in their minds, when we've just presented something that is the product of many months of effort’, reageerde hij geïrriteerd. ‘It is balanced. It is fair. It is designed to produce just outcomes, which it will’, reageert hij stellig. ‘And that characterization is so far from the mark that I am shocked.’<sup>232</sup>

Andere veelgehoorde kritiek was dat de commissies op deze manier waren opgezet omdat dit het makkelijker zou maken om mensen te veroordelen, waardoor zij langer

---

<sup>230</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing on Military Commissions’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3367> (4 juni 2014).

<sup>231</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing on Military Commissions’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3367> (4 juni 2014).

<sup>232</sup> Ibidem.

vastgehouden en ondervraagd konden worden. Ook nu was de verdediging met name opgezet vanuit het oogpunt van zelfbescherming. ‘Clearly, as has been emphasized, one of the key objectives is providing a fair trial for the individuals’ gaf Feith aan. ‘But we're in the middle of a war, and we had to design a procedure that would allow us to pursue justice for these individuals while at the same time prosecuting the war most effectively. And that means setting rules that would allow us to preserve our intelligence secrets, develop more information about terrorist activities that might be planned for the future so that we can take action to prevent terrorist attacks against the United States.’<sup>233</sup>

Een opvallend aspect aan de militaire commissies was het feit dat gevangenen geenszins konden rekenen op vrijlating op het moment dat zij tijdens een commissie vrijgesproken werden van hun aanklacht. Ook als de verdachte onschuldig werd bevonden, bleef hij in veel gevallen in het detentiecentrum. Deze gang van zaken werd verdedigd met het argument van zelfverdediging, deze mensen waren al strijdend tegen het Amerikaanse leger opgepakt. Zij zouden misschien niet direct te veroordelen zijn voor een misdaad, maar waren geenszins ongevaarlijk. ‘In some cases it might not be possible to establish beyond a reasonable doubt that an individual committed a particular crime, and therefore he might be acquitted of that crime. However, it does not change the fact that he is an enemy combatant,’ zo verklaarde Rumsfeld. ‘He may be guilty of other crimes, but at the minimum he is someone to be kept off the battlefield, from going right back and killing more Americans.’<sup>234</sup> Zolang zij een gevaar vormden voor de Amerikaanse veiligheid, zou het legitiem zijn hen vast te houden in het detentiecentrum, ook als zij niet direct veroordeeld waren.<sup>235</sup> Volgens Haynes was dit in oorlogstijd geen rare gang van zaken.

...the people we're holding in Guantánamo we're holding because we found them to be enemy combatants. That is totally different from a criminal justice system. That is a widely accepted and a historical concept of great depth and longevity that it's permissible to do that. When somebody's trying to kill you or your people, and you capture them, you can hold them. That's why we're holding the people in Guantánamo. The separate question about speedy trial and so forth doesn't apply to

---

<sup>233</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing on Military Commissions’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3367> (4 juni 2014).

<sup>234</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers’ (versie 28 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3380> (19 juli 2014).

<sup>235</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing on Military Commissions’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3367> (4 juni 2014).

those people. So these rules do not address anything of that nature, except to charge the commission with conducting the proceedings expeditiously once they begin.<sup>236</sup>

Het idee dat een vrijspraak van een militaire commissie niet gelijk stond aan onschuld, was een thema dat de weken daarop nog veel terug te horen zou zijn. Onder andere Viceminister van Defensie Paul Wolfowitz sprak zich hierover uit in een interview met Jim Lehrer in *News Hour*. Hierin gaf hij aan dat er een groot verschil bestond tussen POWs tijdens eerdere oorlogen en de gevangenen die tijdens deze oorlog gemaakt waren. ‘You know, in past wars you'd take a prisoner and once he was off the battlefield, he was relatively harmless. These... one of these guys got off the plane in Guantánamo swearing he would kill an American before he left. So they're dangerous people, whether or not they go before a military commission.’<sup>237</sup> Hij leek te willen zeggen dat er tijdens eerdere oorlogen nog een bepaalde moraal hoog werd gehouden, terwijl die moraal in deze situatie ver te zoeken was.<sup>238</sup>

Hoewel Wolfowitz tijdens het interview benadrukte dat het principe ‘innocent until proven guilty’ wel degelijk gold voor de commissies, haastte hij zich eveneens om zeggen dat de gevangenen in Guantánamo Bay natuurlijk verre van onschuldig waren. Immers, je belandde niet zomaar in het detentiecentrum in Guantánamo Bay, dan moest je heel wat op de kerfstok hebben. ‘...if they're there, it's because they're accused of being involved with showing the most murderous kind of intent’, zo gaf hij aan.<sup>239</sup>

Hoewel de militaire commissies al in 2002 werden aangekondigd, werden zij pas in 2004 definitief opgezet, waardoor er in 2004 opnieuw discussie ontstond over de commissies.

---

<sup>236</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing on Military Commissions’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3367> (4 juni 2014).

<sup>237</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Wolfowitz Interview with Jim Lehrer, News Hour’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3369> (24 juli 2014).

<sup>238</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Wolfowitz Interview with Jim Lehrer, News Hour’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3369> (24 juli 2014).

<sup>239</sup> Ibidem.

## De mogelijkheid tot verhoor

...the most important thing, of course, is to try to find out as much intelligence as we can through the interrogations, and that is our principal focus. It is a matter of recognizing that the threats exist against our country, that there were thousands of people who went through these al Qaeda training camps. What we need to do is to just gather as much information as we can and try to prevent additional attacks to the extent that's possible.<sup>240</sup>

Dat brengt ons terug bij de belangrijkste reden voor de opzet van het detentiecentrum op Guantánamo Bay; het vergaren van *intelligence*. Het doel was niet verdachte terroristen terecht te laten staan, het doel was aan hen informatie te onttrekken middels verhoor. Zoals eerder verklaard was verhoor op zich al een afwijking van de Geneefse Conventie, waarin het enkel was toegestaan een strijder zijn naam, rang en nummer te vragen. De verplaatsing van gevangenen naar Guantánamo Bay en het weigeren van een POW-status voor deze gevangenen, maakte het mogelijk de gevangenen te verhoren en strafbaarheid hiervoor te ontlopen. Verhoor was een duidelijke afwijking van de Geneefse Conventie.

Rumsfeld legitimeerde deze afwijking door steeds weer de continue dreiging te benadrukken die uitging van het terrorisme. Deze aanhoudende dreiging zou preventief handelen noodzakelijk maken. 'It is a matter of recognizing that the threats exist against our country, that there were thousands of people who went through these Al Qaeda training camps. What we need to do is to just gather as much information as we can and try to prevent additional attacks to the extent that's possible', zo gaf hij aan.<sup>241</sup> Het vergaren van informatie was hiermee een preventieve handeling van cruciaal belang, bedoeld om toekomstige aanslagen te voorkomen. 'The intelligence gathering is going to be used to defend our country. We have the inherent right of self-defense and we are going to exercise it', aldus Rumsfeld.<sup>242</sup>

In eerste instantie werden er relatief weinig vragen gesteld over de gebruikte methodes. Verhoor is gebruikelijk bij het onderzoeken van een misdaad en heeft wellicht niet

---

<sup>240</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Secretary Rumsfeld Roundtable with Radio Media' (versie 15 januari), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2132> (24 juli 2014).

<sup>241</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Secretary Rumsfeld Roundtable with Radio Media' (versie 15 januari), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2132> (24 juli 2014).

<sup>242</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Secretary Rumsfeld Media Availability en route to Guantánamo Bay, Cuba' (versie 27 januari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2320> (24 juli 2014).



per definitie een negatieve connotatie. Hoewel het volgens de Geneefse Conventie niet is toegestaan, is het blijkbaar niet direct een handeling die veel weerstand oproept. Gambetta voegt hier in zijn artikel nog een interessant standpunt aan toe. Hoe groter de dreiging, hoe meer beperkingen van burgerlijke rechten er door het grotere publiek geaccepteerd worden, zo meent hij.<sup>243</sup> Dit is terug te zien in de manier waarop de Amerikaanse samenleving reageerde op de beslissingen omtrent Guantánamo, namelijk weinig geschokt. De dreiging die uitging van dit soort verrassingsaanvallen was enorm en werd enkel versterkt door de manier waarop de Amerikaanse regering over de oorlog en de terroristen praatte. Het schenden van de Geneefse Conventie leek geaccepteerd te worden als dit betekende dat het de veiligheid van de Amerikaanse samenleving vergrootte. Verhoor was in deze dus een noodzakelijk kwaad.

Door de militaire staf die werkzaam was in Guantánamo Bay werd al snel aangegeven dat het extreem moeilijk was om nuttige informatie te krijgen, aangezien de gevangenen exceptioneel goed getraind zouden zijn in het weerstaan van verhoortechnieken. ‘...there are deception and denial techniques that Al Qaeda and other terrorist organizations teach their people’, zo legde Feith uit.<sup>244</sup> ‘And it takes a lot of digging, in many cases, just to find out basic information about the identity of people, let alone all of their activities.’<sup>245</sup> Naarmate de tijd verstreek leken steeds meer mensen zich dan ook af te vragen welke methoden er precies gebruikt werden om informatie los te krijgen. Er leek echter een bepaald soort ongemak te zijn bij het stellen van dit soort vragen. Tijdens een persconferentie op 1 april waagde een van de aanwezige journalisten zich aan de vraag wat er nou precies gebeurde tijdens dit soort verhoorsessies ‘...one would assume, since we’re a civilized nation, we don’t use cattle prods and iron maidens and pull out people’s fingernails’. ‘I appreciate your giving us that credit’, grapte Rumsfeld terug. Maar deze jolige sfeer was van korte duur. Toen de journalist doorvroeg naar het eventuele gebruik van methodes die wellicht minder barbaars waren, maar evengoed illegaal, zoals het toedienen van bepaalde drugs, reageerde Rumsfeld geïrriteerd. ‘You should not put your cameras on someone who asks questions like that’, was zijn repliek. Volgens de minister werd er absoluut geen gebruik gemaakt van dwang of verboden technieken. ‘The answer is no, we’re not. We’re treating these people under the Geneva Convention and in a humane way, and we’re not doing that. We are very anxious to gather as much intelligence as we can. We’ve been working hard on it and we intend to continue it.

---

<sup>243</sup> D. Gambetta, ‘Reason and Terror, Has 9,11 made it hard to think straight?’ (versie 14 april 20014), <http://bostonreview.net/archives/BR29.2/gambetta.html> (14 april 2014).

<sup>244</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing on Military Commissions’ (versie 21 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3367> (4 juni 2014).

<sup>245</sup> Ibidem.

Some people don't say a word for the first year, and after a year, they suddenly decide they'd like to talk a little bit. So it takes patience, and we're patient.'<sup>246</sup> Legitieme verhoortechnieken en geduld dus, dat leek de methode van aanpak.

In een briefing van eind april werd dit door Victoria Clarke, Assistant Secretary of Defense for Public Affairs, onderschreven.<sup>247</sup> Tijdens deze bijeenkomst werd haar gevraagd of er gedacht werd aan het veranderen van de verhoortechnieken. Deze vraag werd gesteld naar aanleiding van een rapport uit Guantánamo Bay dat de verhoortechnieken niet het gewenste resultaat hadden, er zou te weinig informatie vrijkomen. Clarke gaf eveneens aan dat verhoor simpelweg tijd nodig had. Aangezien de basis pas vier maanden in werking was, was het logisch dat er nog weinig informatie vrij was gekomen. Toch voegde zij hier ook iets anders aan toe. '...when you have people, as I said, who have been trained to resist, the expectations are that this will take a long time, it will be difficult, you will use appropriate means'.<sup>248</sup> Wat zij met deze 'appropriate means' bedoelde, bleef op dat moment onduidelijk. In 2004 kwam dit echter in een totaal ander licht te staan. In dat jaar werd duidelijk dat er verregaande verhoortechnieken werden gebruikt en dat gevangenen op grote schaal mishandeld waren.

## Analyse

It's important for people to recognize that this is a different circumstance, the war on terrorism. It requires a different template in our thinking. All of the normal ways that we think about things simply don't work.<sup>249</sup>

De Amerikaanse regering heeft de afwijking van de Geneefse Conventie op verschillende manieren gelegitimeerd. Het meest belangrijk in de verdediging was de juridische verklaring,

---

<sup>246</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 8 februari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2624> (25 juli 2002).

<sup>247</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - ASD PA Clarke and Brig. Gen. Rosa' (versie 24 april 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3412> (25 juli 2014).

<sup>248</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - ASD PA Clarke and Brig. Gen. Rosa' (versie 24 april 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3412> (25 juli 2014).

<sup>249</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Secretary Rumsfeld Media Availability after Visiting Camp X-Ray' (versie 27 januari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2348> (25 juli 2014).

dit is ook de legitimatie die zij zelf het meest aangrepen. Hierbij werd er gezegd dat de Geneefse Conventie simpelweg niet toepasbaar was omdat het hier geen conflict tussen twee staten betrof en de strijders om verschillende redenen niet voldeden aan de criteria die gesteld werden voor de POW-status.

Hoewel Rumsfeld vaak de vragen hierover omzeilde door aan te geven dat dit zaken waren voor juridische deskundigen, werd er toch verschillende malen een interpretatie gegeven van de Geneefse Conventie die dit standpunt moest verduidelijken. Op overkoepelend niveau zou de strijd geen interstate conflict zijn, waardoor de Geneefse Conventie niet toepasbaar was. Op lager niveau zouden de strijders niet in aanmerking komen voor de POW-status omdat zij niet voldeden aan de criteria die hiervoor gesteld werden. Zo zouden zij niet aangesloten zijn bij een nationaal leger en zouden zij hun wapens en uniformen niet openlijk dragen.

Opvallend aan deze legitimatie is dat de Amerikaanse regering de POW-status presenteerde als een beloning voor eerlijke oorlogvoering. Zo gaf Rumsfeld meerdere keren aan dat de Geneefse Conventie onderscheid maakte tussen *lawful* en *unlawful enemy combatants*, tussen rechtmatige en onrechtmatige strijders. Rechtmatige strijders zouden beloond worden met bepaalde privileges en rechten, omschreven in de Geneefse Conventie. Onrechtmatige strijders konden hier geen aanspraak op maken, zij hadden met slecht gedrag hun rechten verspeeld. Op deze manier zou de Conventie eerlijke oorlogvoering willen stimuleren en precies om deze reden zou het ook 'gevaarlijk' zijn om hiervan af te wijken door de gevangenen wél de POW-status te geven. Dit zou oneerlijke oorlogvoering in de hand werken.

Dit alles is een ontzettend discutabele interpretatie van de Geneefse Conventie. Binnen de Conventies, evenals binnen andere verdragen, staat de term 'unlawful enemy combatant' niet gedefinieerd, waarmee het in feite een verzonnen term is. Het onderscheid tussen een rechtmatige en een niet-rechtmatige strijder is in zijn geheel niet terug te vinden in de Geneefse Conventies. De 'criteria' die gesteld worden aan POWs, zijn niet bedoeld om onderscheid te maken tussen rechtmatige en niet-rechtmatige strijders, maar om onderscheid te maken tussen burgers en soldaten. Door duidelijk te definiëren wie er gevangen mocht worden genomen tijdens een conflict, werd getracht gewone burgers zoveel mogelijk te beschermen en buiten het conflict te houden. Op deze manier werd zoveel mogelijk voorkomen dat zij werden ingezet als politiek middel en bleef het aantal burgerslachtoffers beperkt. De 'criteria' dienen dus om vast te stellen dat het hier inderdaad een soldaat betreft, en niet een burger. Het moest duidelijk zijn dat de gevangene een strijder was, openlijk

wapens droeg, en aangesloten was bij een militaire structuur. Dit alles heeft niets te maken met het idee van een legitieme of niet-legitieme strijd. De Geneefse Conventie maakt geen onderscheid in verschillende strijders.<sup>250</sup>

De Geneefse Conventie bepaalt verder dat als eenmaal duidelijk is dat de gevangene een strijder is van een vijandelijke macht, hij of zij gevangen kan worden genomen maar direct de POW-status dient te krijgen, zonder uitzondering. Elke strijder die tijdens een conflict gevangen wordt genomen heeft recht op een POW-status. Het argument dat de strijders niet voldeden aan de criteria om een POW-status te kunnen krijgen, slaat dus in elk opzicht de plank mis. Als het inderdaad zo zou zijn geweest dat zij niet te classificeren waren als POWs, zouden zij volgens de Geneefse Conventie vrijgelaten moeten worden, aangezien het in dat geval niet duidelijk zou zijn dat het hier een strijder betrof.

Ook het idee dat de bepalingen in de Conventie bedoeld zijn als beloning valt sterk te betwisten. Het doel van de Conventie lijkt niet het opzetten van een beloningssysteem, maar het vastleggen van een norm in de omgang met oorlogsgevangenen, een algemeen gebruik. Het idee dat het een gevaar op zou leveren de Conventie toe te passen op dit conflict, omdat het aan zou moedigen tot onwettig gedrag, is vergezocht. In feite levert het meer gevaar op om de Conventie niet na te leven. Dit vergroot de kans dat Amerikaanse troepen eveneens niet behandeld worden volgens de bepalingen. Het is wat krom om te stellen dat het 'belonen' van dit gedrag, door het naleven van de Conventie, zou leiden tot meer agressie en terrorisme. Een norm, zoals de Geneefse Conventie, is een norm omdat deze het grootste deel van de tijd nageleefd wordt. Op het moment dat een norm niet meer nageleefd wordt, is er geen sprake meer van een norm. De redenatie van de Verenigde Staten, dat zij de norm niet naleven om hem in stand te houden, lijkt om die reden foutief. Juist als zij de bestaande norm in stand willen houden zou het zaak zijn deze zoveel mogelijk en zo nauwkeurig mogelijk na te leven.

Zowel Cheney als Rumsfeld presenteerden het al dan niet toepassen van de POW-status niet als een politieke afweging, maar als een juridisch proces waarop zij weinig invloed hadden. Dit lijkt op het afschuiven van verantwoordelijkheid. Het leek alsof de Geneefse Conventie, en daarmee de POW-status, simpelweg niet toepasbaar was op deze situatie. Dit zou zijn uitgezocht door 'mensen die er verstand van hebben', juristen. Zij zouden de Geneefse Conventie uitgebreid bestudeerd hebben en dit was de onvermijdelijke uitkomst. Dit komt echter niet overeen met de realiteit. Het afwijken van de Geneefse Conventie is een weloverwogen keuze geweest, geen onbeïnvloedbare uitkomst van de situatie zoals die was.

---

<sup>250</sup> M. Sassòli, 'The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law', *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), 96-1005, 100-105.

De correspondentie tussen president Bush en Alberto Gonzales, besproken in het eerste hoofdstuk, laat een uitgebreide afweging zien van de voors en tegens van het toekennen van een POW-status, waarna de president wordt aangeraden de status niet te verlenen. De reden hiervoor was dat dit het minste risico gaf op eventuele toekomstige vervolging van oorlogsmisdaden, evenals dat het de Verenigde Staten meer vrijheid gaf in de omgang met de gevangenen.<sup>251</sup>

In feite is het niet nodig dat de situatie exact hetzelfde is als in de Conventie beschreven wordt. De regering had er alsnog voor kunnen kiezen het verdrag na te leven, wat in feite de meest logische keuze was geweest, het had internationaal de minste weerstand opgeleverd en het zou eveneens het meest in lijn zijn geweest met eerder beleid.

In een van de eerste persconferenties werd Rumsfeld de vraag gesteld waarom zij de Geneefse Conventie niet officieel toepasten, aangezien zij toch al verschillende malen hadden aangegeven dat ze de Conventie zouden naleven. 'Well, first of all', antwoordde Rumsfeld, 'we don't have to.'<sup>252</sup> Dit is waarschijnlijk het meest eerlijke antwoord dat hij ooit met betrekking tot deze vraag heeft gegeven. De Amerikaanse regering zag in deze situatie de mogelijkheid tot het niet toepassen van de Conventie, en heeft die mogelijkheid aangegrepen. Zij creëerden vervolgens een rookgordijn door te stellen dat de Conventie in deze situatie niet toepasbaar was. In feite was er geen enkele reden die de Verenigde Staten belette in het naleven van de Conventie of die hen belemmerde in het toepassen van de POW-status.

De situatie was vervolgens dat de gevangenen onbeschermd en geheel zonder rechten overgeleverd waren aan de goodwill van het Amerikaanse leger. Maar dit moest geen probleem zijn, want het ging hier om Amerikanen, voorvechters van vrijheid en mensenrechten. De Amerikaanse aard moest als geruststelling dienen voor hen die zich zorgen maakten over wantoestanden. Steeds weer werd gezegd dat de gevangenen behandeld zouden worden in de 'spirit of Geneva', ook al verdienden zij dat niet en zouden zij officieel niet onder de bescherming van de Conventie vallen. Op deze manier leek het alsof de Amerikaanse regering ervoor koos de Geneefse Conventie alsnog na te leven, ook al was zij daar niet toe verplicht. Dit moest de hoge moraal van de Amerikaanse samenleving laten zien, bereid zelfs haar grootste vijanden respectvol te behandelen. Steeds weer werd er gehamerd op het feit dat de gevangenen uiteraard humanair behandeld zouden worden, alleen al de gedachte dat dit niet zou gebeuren werd als belachelijk omschreven. Het Amerikaanse leger

---

<sup>251</sup> A. Gonzales, 'Memorandum for the President' (versie 25 januari 2002), <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf> (19 februari 2014), 2. Zie bijlage 1.

<sup>252</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 11 januari 2002), <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2031> (26 juli 2014).

was getraind om de Geneefse Conventie na te leven en zou ook in deze situatie de norm hoog houden.

In feite was dit een behoorlijke verdraaiing van de situatie. De Amerikaanse regering had er juist niet voor gekozen de gevangenen een officiële status te geven, terwijl zij daar wél een internationaal verdrag voor ondertekend had. Zij had de gevangenen rechten geweigerd, in plaats van gegeven. Daarnaast werd er gezegd dat de gevangenen onofficieel volgens de Geneefse Conventie behandeld zouden worden, maar werden vervolgens alle bepalingen van de Conventie met voeten getreden. De Geneefse Conventie werd gelijk gesteld aan een humane behandeling. Steeds weer werd er gezegd dat de gevangenen in de geest van Genève, en dus humaan, behandeld zouden worden. Maar de Derde Geneefse Conventie houdt geenszins op bij enkel een humane behandeling. Dit is slechts de onderliggende eis die de Conventie stelt, maar bij lange na niet de enige eis.

Daarnaast dient de behandeling van gevangenen niet afhankelijk te zijn van een bepaalde moraal. In het verleden is gebleken dat dit niet afdoende is, goede mensen doen soms slechte dingen. Er dienen regels te zijn die een leidraad vormen voor de behandeling, en consequenties voor hen die die regels niet naleven. Strafbaarheid vormt een garantie dat regels worden nageleefd, wat de kans dat dit ook daadwerkelijk gebeurt aanzienlijk vergroot. Vertrouwen op de bestaande moraal is niet afdoende om het gedrag van mensen in goede banen te leiden, het geeft geen enkele garantie en is historisch gezien absoluut niet betrouwbaar.

Ook het idee van de noodzaak tot zelfbescherming was volop aanwezig in de legitimatie, met name na de slechte ontvangst van de vrijgegeven foto's. De gevangenen op Guantánamo Bay werden omschreven als extreem gevaarlijk, het ergste van het ergste, mensen die nergens voor terugschrokken en te gevaarlijk waren voor 'gewone' gevangenen. Het was noodzakelijk hen onschadelijk te maken door hen te verplaatsen naar Guantánamo Bay. Steeds meer ontstond hiermee het omgekeerde idee dat je, als je in Guantánamo was beland, heel wat op je kerfstok moest hebben. De legitimatie kreeg hiermee een *self-fulfilling prophecy*, waarbij schuld bewezen was door het feit dat de gevangene zich in Guantánamo bevond. Opvallend is dat deze legitimatie pas ontstond na het vrijgeven van de foto's, wat gepaard ging met een hoop kritiek. In eerste instantie gaf Rumsfeld namelijk aan dat er helemaal geen sprake was van selectie, maar dat het puur ging om het creëren van ruimte. Deze discrepantie viel veel journalisten op en Rumsfeld werd het vuur na aan de schenen gelegd. 'The fact is that the first people we brought down were in fact the hardest of the hard core, because we wanted to get them out of the Kandahar and Bagram facilities,'

legde Rumsfeld uit. 'Now we have brought down a large portion of the people, and now it is [a] mix, and they vary. They run pretty much across the spectrum.'<sup>253</sup> Hiermee lijkt het alsof het beleid gedurende de tijd is veranderd, evenals de dreiging die uitging van de gevangenen die zich in Guantánamo Bay bevonden. De behandeling van de gevangenen zou hierdoor ook verschillen. '...some may be transferred to other countries, some may be released, some may be held for the duration, some may be tried in one or more of the various mechanisms that are available -- the United States criminal justice system, military commissions, or the Uniform Code of Military Justice.'<sup>254</sup> Deze verklaring komt echter niet geheel overeen met de uitspraken die Rumsfeld in het begin deed, namelijk dat het verplaatsen van de gevangenen slechts het gevolg zou zijn van ruimtegebrek in Afghanistan zelf. De vraag die hierbij gesteld kan worden is dat de legitimatie die gegeven werd, als zijnde dat alleen extreem gevaarlijke mensen naar Guantánamo Bay werden gestuurd en op zo'n harde behandeling konden rekenen, wellicht niet helemaal juist is. Dit is een probleem in de legitimatie, omdat juist de gevaarlijkheid van de gevangenen hun behandeling diende te rechtvaardigen, het idee dat zij mogelijk toch niet zo heel gevaarlijk zouden zijn, zou dus als gevolg kunnen hebben dat het grotere publiek de harde behandeling als onethisch zou beschouwen.

De aard van de oorlog tegen het terrorisme werd aangegrepen als legitimatie voor nieuwe regels. Nooit eerder was de dreiging zo groot en onvoorspelbaar, het was noodzakelijk daarop in te spelen door nieuw beleid te creëren. Aangezien de Amerikaanse regering te maken had met een vijand die elke regel van internationaal oorlogsrecht aan zijn laars lapte, kon zij niet anders dan eveneens onconventionele methoden inzetten. Maar in hoeverre gaat het hier echt om een irreguliere strijd? Terreur is niet nieuw, het is geen uitvinding van Al Qaeda. Terreur heeft een lange geschiedenis, zowel nationaal als internationaal. Tijdens een groot aantal oorlogen zijn terreurdaden gepleegd, maar ook daarbuiten is het geen nieuw fenomeen. Hoewel terrorisme vandaag de dag veelal geassocieerd wordt met jihadisme, is dat in feite onterecht. Ook in het westen heeft terrorisme plaatsgevonden, waarbij te denken valt aan de Irish Republican Army (IRA) in het Verenigd Koninkrijk en de Rote Armee Fraktion (RAF) in Duitsland. Terreur is dus niet iets dat wereldvreemd is voor westerse staten. Ook de Verenigde Staten hebben eerder te maken gehad met terreur. Het idee dat het hier om iets geheel nieuws ging, en dat dit het afstappen van bestaande regels legitimeerde, valt te

---

<sup>253</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 28 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3380> (27 juli 2014).

<sup>254</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 28 maart 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3380> (27 juli 2014).

betwisten. Het is de vraag in hoeverre bestaande internationale verdragen daadwerkelijk ontoereikend zijn in de omgang met terrorisme.

Een van de onconventionele methoden was het plan voor de oprichting van militaire commissies. Deze blauwdruk kreeg behoorlijk wat kritiek, voornamelijk omdat het doel van de commissies niet helder was. Vrijspraak door deze commissie betekende niet per definitie vrijlating. Dit werd gelegitimeerd met het verhaal dat de gevangene in kwestie opgepakt was op het strijdtoneel, waarmee was aangetoond dat hij een dreiging vormde voor de Amerikaanse samenleving. Tezamen met de aard van het conflict en het gebrek aan een duidelijk eindpunt in de strijd, betekende dit dat de gevangenen, zonder proces en zonder rechten, vast konden worden gehouden voor zo lang de Amerikaanse regering dat nodig achtte. Een vrijspraak door de militaire commissie leek dus weinig gevolgen te hebben, waarmee de commissies overkwamen als een façade. Want waarom zouden er commissies opgesteld worden als er feitelijk niets veranderde? Wat heb je aan een veroordeling, of een vrijspraak, als de situatie exact hetzelfde blijft? Veelgehoorde kritiek was dat de commissies werden opgericht om de internationale kritiek van wetteloze opsluiting de mond te snoeren. Er vond nu immers een juridisch proces plaats. Het feit dat dit proces een nieuwe, zogenaamde 'extra optie' was naast de bestaande rechtssystemen, was de uitkomst van noodzaak en onmacht. Het was immers te gevaarlijk de gevangenen via de normale rechtsgang te berechten, aangezien er gevoelige informatie vrij kon komen, als de gevangenen überhaupt al iets loslieten. Opnieuw een onconventionele oplossing, voor een onconventioneel conflict.

Hoewel de Amerikaanse regering in 2002 via verschillende wegen heeft getracht Guantánamo Bay haar legitimiteit te geven, lijkt dit nooit helemaal te zijn gelukt. De belangrijkste reden hiervoor is dat zij nooit een geloofwaardig officieel antwoord heeft kunnen geven op de waarom-vraag. Waarom hebben de Verenigde Staten voor deze constructie gekozen? Waarom hebben zij de gevangenen geen officiële status, en dus geen rechten, gegeven en hen verplaatst naar een wetteloos gebied buiten het zicht van de rest van de wereld? En waarom is er voor deze optie gekozen als de Amerikaanse regering de intentie had de Geneefse Conventie na te leven? De verklaringen die de Amerikaanse regering gaf, zoals gebrek aan ruimte en de ontoepasbaarheid van de Conventie, waren weinig geloofwaardig. Eigenlijk werd direct al duidelijk dat de belofte in de geest van Genève te handelen, een wassen neus was. In feite werd ook al direct duidelijk wat het motief achter de hele constructie was, namelijk het vergaren van *intelligence*. Er was maar één antwoord dat duidelijk voor de hand lag op de vraag waarom de gevangenen en POW-status onthouden



werd en zij overgeplaatst werden naar Guantánamo Bay, namelijk om hun rechten zoveel mogelijk te beperken, zonder hierbij de grens van strafbaarheid te overschrijden. Er is simpelweg geen andere logische reden. Het zou echter diplomatiek onmogelijk zijn geweest voor de Verenigde Staten, met het imago als voorvechter van vrijheid en democratie, om dit openlijk te erkennen. Dat gebeurde dan ook niet, in plaats daarvan wong de regering zich in allerlei bochten om de gang van zaken legitiem te doen lijken.

Met dit doel, het vergaren van *intelligence*, werd eveneens de achterliggende reden van het afwijken van de Geneefse Conventies duidelijk, aangezien oorlogsgevangenen met een POW-status niet verhoord mogen worden. Het verwarrende was dat Guantánamo Bay veelal gepresenteerd werd als een gevangenis, terwijl het dat in realiteit niet was. Het feit dat de faciliteit een ‘detentiecentrum’ genoemd werd, en de gevangenen ‘detainees’, laat dit duidelijk zien. Het doel was niet het straffen van gevangenen, maar het verhoren. Dit verklaart waarom de aanklacht in wezen onbelangrijk was, en waarom vrijspraak geen vrijlating garandeerde. Als er het vermoeden was dat iemand informatie bezat moest die eerst verkregen worden. Het verklaart eveneens waarom er gekozen werd voor een ‘derde weg’, die de schijn van legitimiteit gaf, maar in feite weinig betekende.

Met het oprichten van een detentiecentrum dat bedoeld was voor verhoor, had de Amerikaanse regering een duidelijke beslissing genomen het internationale oorlogsrecht niet na te leven. Een detentiecentrum op Guantánamo Bay was een effectieve manier om strafbaarheid te voorkomen, en bemoeienis te beperken. Feit blijft staan dat het allemaal een kwestie van vertrouwen was, nu er geen rechtssysteem was om de situatie in goede banen te leiden. ‘...what's taking place down there is responsible, it's humane, it's legal, it's proper, it's consistent with the Geneva Conventions. And after a period, that will sink in, let there be no doubt’, zo verklaarde Rumsfeld in januari 2002.<sup>255</sup> Daarnaast, de gevangenen waren geen engeltjes, en hoe erg was het nu helemaal, gevangen zitten in Guantánamo? ‘I've been to Guantánamo Bay [...] and it frequently was in the summer when I was Navy pilot, and that was back in the days before air-conditioning. And it's just amazing, but people do fine,’ verklaarde Rumsfeld jolig tijdens dezelfde bijeenkomst. ‘I mean, there are a lot of people in Cuba with no air-conditioning. I know that will come as a surprise! But I was in Washington before there was air-conditioning and the windows used to open! It's amazing.’<sup>256</sup> In 2004 zou dit vertrouwen echter een behoorlijke deuk oplopen.

---

<sup>255</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace’ (versie 22 januari 2002), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2254> (2 juli 2014).

<sup>256</sup> Ibidem.

# 2004: De invloed van het Abu Ghraib-schandaal

---

Één jaartal kan onmogelijk onbeschreven blijven in de geschiedenis van Guantánamo Bay en dat is 2004. Niet direct omdat er grote veranderingen plaatsvonden op de basis zelf, maar omdat de reputatie van de Amerikaanse regering in dit jaar enorme schade opliep, wat tevens grote gevolgen had voor de manier waarop er tegen de gehele antiterrorismestrijd werd aangekeken.

## Het schandaal rond Abu Ghraib

Al sinds begin 2004 deden er geruchten de ronde dat er sprake zou zijn van marteling door Amerikaanse soldaten in een gevangenis in het Irakese Abu Ghraib, een voorstad van Bagdad. Deze gevangenis, veelal de Abu Ghraibgevangenis genoemd, was onder het regime van Saddam Hoessein één van de meest beruchte gevangenissen geweest. De faciliteit stond in die jaren bekend om de extreme marteling en wekelijkse executies. In zijn hoogtijdagen bood het onderdak aan zo'n 50.000 gevangenen, samengepakt in kleine cellen onder extreem barre omstandigheden.<sup>257</sup> Tijdens de oorlog in Irak was de gevangenis in handen gekomen van het Amerikaanse leger. Het leger gebruikte de gevangenis voor het vasthouden van gevangenen van de oorlog tegen het terrorisme.

Begin 2004 speelde sergeant Joseph Darby, op dat moment anoniem, een cd-rom door naar de US Military Police. Deze cd-rom bevatte foto's die gemaakt waren in de gevangenis in Abu Ghraib en toonde beelden van mishandeling en vernedering van gevangenen door Amerikaanse bewakers. De beelden werden doorgespeeld naar Seymour Hersh, journalist bij de *The New Yorker* en naar *CBS News*. Vanaf dat moment ontstond er een sneeuwbaaleffect. Eind april vulde *CBS News* een aflevering van *60 Minutes II* met het verhaal rond Abu Ghraib. Hierin werden de schokkende foto's publiekelijk gemaakt en werd er gesproken over

---

<sup>257</sup> S. Hersh, 'Torture at Abu Ghraib' (versie 20 mei 2004)  
<http://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib> (25 augustus 2014).

marteling.<sup>258</sup> In mei publiceerde Seymour Hersh een artikel in de *The New Yorker*, genaamd ‘Torture at Abu Ghraib. American soldiers brutalized Iraqis. How far up does the responsibility go?’, waarin hij uitgebreid de gang van zaken beschreef.<sup>259</sup> Hersh beschreef hoe brigadier-generaal Janis Karpinski, gezaghebber van de gevangenis in Abu Ghraib, stilletjes van haar post verwijderd werd na de ontvangst van de foto’s, waarna majoor-generaal Antonio M. Taguba werd aangesteld om onderzoek te verrichten naar de beschuldigingen. Het Taguba Report, zoals de bevindingen die gebundeld waren in een 53-paginadik rapport genoemd werden, was geclassificeerd maar uitgelekt en eveneens in handen gekomen van Hersh. Hersh omschreef uitgebreid de bevindingen in het rapport, die weinig tot de verbeelding overlieten.

Breaking chemical lights and pouring the phosphoric liquid on the detainees;  
pouring cold water on naked detainees; beating detainees with a broom handle and a  
chair; threatening male detainees with rape; allowing a military police guard to stitch  
the wound of a detainee who was injured after being slammed against the wall in his  
cell; sodomizing a detainee with a chemical light and perhaps a broom stick, and  
using military working dogs to frighten and intimidate detainees with threats of  
attack, and in one instance actually biting a detainee.<sup>260</sup>

Deze opsomming werd later door Rumsfeld afgedaan als een fantasieverhaal zonder verbanden met de realiteit, maar deze beschrijvingen zijn wel degelijk letterlijk terug te vinden in het Taguba Report. Zij zijn opgenomen als verklaringen van gevangenen, niet als bewezen feiten. Taguba gaf echter aan dat hij de verhalen als geloofwaardig en legitiem inschatte, gezien de helderheid in de verklaringen en het ondersteunende bewijs dat door andere getuigen werd aangeleverd. Volgens het rapport was het bewijs overweldigend. Taguba oordeelde dat er tussen oktober en december 2003 sprake was geweest van ‘sadistic, blatant and wanton criminal abuse’.<sup>261</sup> In het rapport waren geen video’s en foto’s opgenomen, vanwege de extreem gevoelige aard van deze beelden.

De foto’s van Abu Ghraib verspreidden zich inmiddels als een olievlek over de internationale kranten. ‘The photographs tell it all’, schreef Hersh in zijn artikel. De indringende en schokkende beelden lieten zien hoe de gevangenen vernederd werden, veelal op een seksuele manier. Zij waren onder andere naakt in seksuele poses geplaatst,

---

<sup>258</sup> B. Tucker en S. Triantafyllos, ‘Lynndie England, Abu Ghraib, and the New Imperialism’, *Canadian Review of American Studies* 38 (2008), 83-100, 84.

<sup>259</sup> S. Hersh, ‘Torture at Abu Ghraib’, *The New Yorker*, (versie 20 mei 2004)  
<http://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib> (25 augustus 2014).

<sup>260</sup> Ibidem.

<sup>261</sup> Ibidem.

vastgehouden aan een hondenriem en besmeurd met ontlasting. Ook zijn er foto's van twee dode Irakezen, de een extreem toegetakeld in het gezicht, de ander met een lichaam onder het bloed en ingepakt in ijs en folie. Boven hen hangt een soldaat die lachend het thumbs-up gebaar maakt. Verder zijn er beelden van lege cellen, de muren vol bloedspetters.<sup>262</sup>

Een vrouwelijke soldaat, Lynndie England, speelt een grote rol in de foto's. Er is te zien hoe zij met haar duimen omhoog gebogen staat over een berg opgestapelde naakte mannen, hoe zij lachend wijst naar een zogenaamd masturberende man en hoe zij een naakte gevangene vasthoudt als een hond aan een hondenriem. Ook soldaat Charles Graner, tegelijkertijd gestationeerd in Abu Ghraib, was te zien in veel van de foto's. Toch is met name Lynndie England het gezicht geworden van de mishandelingen.<sup>263</sup>

### *De reactie van de Amerikaanse regering*

De foto's veroorzaakten een enorm schandaal. Er ontstond een stortvloed aan internationale kritiek en de reputatie van het Amerikaanse leger kwam behoorlijk onder vuur te liggen. De Amerikaanse regering reageerde door te verkondigen dat het hier slechts om een 'few bad apples' ging, die absoluut niet representatief waren voor het gehele Amerikaanse leger.<sup>264</sup> De situatie werd dan ook neergezet als een uitzondering, een excus. De officiële reactie was dat het gedrag in Abu Ghraib exceptioneel was en op geen enkele manier was aangemoedigd door het bestaande beleid. Er werd geen officiële verantwoordelijkheid erkend voor de acties die de Amerikaanse soldaten begaan hadden.

Er is veel geschreven over de manier waarop de Amerikaanse regering met het schandaal rond Abu Ghraib is omgegaan. Bruce Tucker en Sia Triantafyllos beschrijven in het artikel 'Lynndie England, Abu Ghraib, and the New Imperialism' hoe er een metanarratief ontstond met betrekking tot Abu Ghraib dat het debat, en hiermee het publieke begrip, beperkte tot een klein aantal vragen over individuele morele verwijtbaarheid.<sup>265</sup> Schuld werd enkel gezocht bij hen die gemarteld hadden, niet bij de superieuren van deze soldaten en evenmin bij de wetgeving die 'excessen' als dit in de hand had gewerkt. Er werd niet gekeken naar de context waarin het had plaatsgevonden en het was geen verhaal dat zich focuste op de slachtoffers. De gevangenen die mishandeld waren kregen geen gezicht, het verhaal

---

<sup>262</sup> S. Hersh, 'Torture at Abu Ghraib', *The New Yorker*, (versie 20 mei 2004)

<http://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib> (25 augustus 2014).

<sup>263</sup> Tucker en Triantafyllos, 'Lynndie England, Abu Ghraib, and the New Imperialism', 84.

<sup>264</sup> U.S. Department of Defense, *Speeches*, 'Testimony of Secretary of Defense Donald H. Rumsfeld' (versie 7 mei 2004), <http://www.defense.gov/Speeches/Speech.aspx?SpeechID=118> (12 augustus 2014).

<sup>265</sup> Tucker en Triantafyllos, 'Lynndie England, Abu Ghraib, and the New Imperialism', 84.

centreerde zich rond de verschillende individuen die de wandaden begaan hadden. Het verleden van Lynndie England werd uitgeplozen in een poging de sadistische daden te wijten aan haar jeugd en haar persoonlijkheid. Steeds weer lag de aandacht bij degenen die de wandaden begaan hadden, de slachtoffers speelden een bijrol. Zowel Rumsfeld als Bush namen de positie in dat de vernedering van de gevangenen in Abu Ghraib voortkwam uit soldaten die handelden los van de zogenaamde ‘chain of command’, dus op eigen initiatief en zonder mandaat.<sup>266</sup>

Dit narratief, dat de nadruk legde op individuele verantwoordelijkheid, was duidelijk terug te zien in de maatregelen die volgden. Zeventien soldaten werden na de aanklacht direct uit dienst ontheven en zes soldaten moesten verschijnen voor een legertribunaal. Het was duidelijk dat de laagste rangen de zwaarste straffen kregen. De soldaten kregen allen oneervol ontslag en gevangenisstraf, van verschillende duur. Iets hoger in de rangorde werden twee personen verantwoordelijk gehouden. Het ging hierbij om Thomas Pappas, die de leiding had over de ondervragingen, en brigadier-generaal Janis Karpinski, die op dat moment het commando voerde over alle Irakese gevangenen en daarmee ook verantwoordelijk was voor Abu Ghraib. Pappas kreeg een berisping en een boete van 8000 dollar, Karpinski werd gedegradeerd tot kolonel.<sup>267</sup> Zij waren de enige twee ‘hooggeplaatste’ personen die gestraft werden, waarmee de boodschap werd afgegeven dat dit niets te maken had met het bestaande beleid maar een plaatselijke fout was.

Daarnaast werd door de Amerikaanse regering het woord ‘torture’, marteling, zorgvuldig vermeden. Zij spraken enkel van ‘abuse’, mishandeling. Volgens Rumsfeld viel hetgeen wat er gebeurd was niet onder het kopje marteling. ‘I’m not a lawyer. My impression is that what has been charged thus far is abuse, which I believe technically is different from torture’, zo sprak hij begin mei.<sup>268</sup> In het tweede hoofdstuk werd al besproken dat marteling door de Amerikaanse regering erg nauw gedefinieerd werd tijdens dit conflict. Op het moment dat er geen sprake was van significante en langdurige fysieke of psychische schade, zou het niet onder marteling vallen. Deze definitie is dubieus en wordt niet ondersteund door bijvoorbeeld de Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, die de volgende definitie geeft:

---

<sup>266</sup> Tucker en Triantafyllos, ‘Lynndie England, Abu Ghraib, and the New Imperialism’, 86.

<sup>267</sup> K. Dougherty, ‘Colonel in Charge of Interrogators is Punished in Abu Ghraib Scandal’ (versie 12 mei 2005), [http://www.military.com/NewContent/0,13190,SS\\_051205\\_Abu,00.html](http://www.military.com/NewContent/0,13190,SS_051205_Abu,00.html) (25 augustus 2014).

<sup>268</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Defense Department Operational Update Briefing’ (versie 4 mei 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2973> (15 september).

...the term "torture" means 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.<sup>269</sup>

Het idee dat er alleen van marteling kan worden gesproken als het slachtoffer naderhand nog langdurig fysieke of mentale klachten heeft, wordt door geen enkel internationaal verdrag ondersteund.

Opvallend in het geheel was dat Rumsfeld Joseph Darby, de man die de cd-rom had doorgespeeld naar zijn superieuren, met naam en toenaam noemde. Darby zou nadrukkelijk gevraagd hebben anoniem te blijven en heeft grote gevolgen ondervonden van het feit dat zijn naam genoemd is. Hoewel hij wellicht door sommigen gezien wordt als een klokkenluider, was hij in de ogen van anderen een verrader. Darby heeft met zijn gezin onder moeten duiken en ook de familie van Darby werd bedreigd.<sup>270</sup> Hoewel Rumsfeld Darby tijdens de briefing preees om zijn morele kompas, getuigde het noemen van zijn naam van weinig respect.

## **Individuele verantwoordelijkheid of een gevolg van overheidsbeleid?**

In feite werd al snel duidelijk dat het schandaal in Abu Ghraib geen uitzondering was. De foto's die in de pers circuleerden waren slechts een klein deel van het totale aantal foto's. Naast de foto's van Abu Ghraib kregen de leden van het Congres nog zo'n 1800 andere foto's te zien die in dezelfde categorie vielen.<sup>271</sup> Deze foto's zijn nooit vrijgegeven, ook Obama heeft dit geweigerd. Het feit dat er zo ontzettend veel foto's bestonden, die niet enkel

---

<sup>269</sup> Artikel 1 van de Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984 entry into force 26 June 1987, in accordance with article 27 (1). Te vinden op: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>.

<sup>270</sup> H. Rosin, 'When Joseph Comes Marching Home, In a Western Maryland Town, Ambivalence About the Son Who Blew the Whistle at Abu Ghraib' (versie 17 mei 2004), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A32048-2004May16.html> (30 september 2014).

<sup>271</sup> Ibidem, 12.

afkomstig waren van Abu Ghraib, plaatste grote vraagtekens bij het verhaal dat dit een op zichzelf staand incident was. De hoeveelheid beeldmateriaal was schokkend, maar schokkender was wellicht het feit dat er überhaupt foto's gemaakt werden van deze praktijken. Dit toonde niet enkel aan dat martelpraktijken daadwerkelijk plaatsvonden, maar ook dat het idee bestond dat het niet verkeerd was. De daders stonden veelal geheel herkenbaar, trots en lachend op de foto's. Blijkbaar voelden zij zich niet bezwaard zich op deze manier te laten fotograferen. En voelde de fotograaf zich evenmin geremd om de wandaden vast te leggen.

Daarnaast bleek al snel dat er geen moeite was gedaan om de foto's geheim te houden, het is inmiddels bekend dat sommigen zelfs gebruikt werden als screensaver.<sup>272</sup> De foto's circuleerden vrij binnen de gevangenis en werden daarnaast ook gedeeld met de buitenwereld door middel van email en uitwisseling van personeel.<sup>273</sup> Dit alles laat zien dat deze vernedering van gevangenen geaccepteerd, of tenminste gehonoreerd, werd binnen de muren van deze gevangenis, en deels daarbuiten. Het gebruik van de foto's als screensaver laat daarnaast de normalisatie van wat er gaande was zien. Van het legerpersoneel dat in Abu Ghraib gestationeerd was, koos lang niet iedereen voor deze omgang met gevangenen. Feit was echter wel dat slechts één soldaat, Joseph Darby, melding maakte van illegale praktijken.

Wat dit laat zien is dat de soldaten ter plekke de mogelijkheid hadden de gevangenen op deze manier te behandelen, wat beschouwd kan worden als een falen van militair toezicht. De grote hoeveelheid incidenten duidde echter op een groter, gecompliceerder probleem. Verschillende onderzoekers bepleitten dat er een 'besmetting' had plaatsgevonden onder hen die zich bezighielden met het vergaren van *intelligence*, een samenwerking die bestond uit officieren van de militaire inlichtingendienst en functionarissen van de CIA, en het militair personeel, dat zich bezighield met het dagelijks bewaken van de gevangenen.<sup>274</sup>

Tijdens de War on Terror werd er een grote nadruk gelegd op het vergaren van *intelligence*. Verschillende partijen waren hierbij betrokken. Militaire inlichtingendiensten werkten samen met personeel van de CIA. Uitgebreide ondervraging is echter normaal gesproken geen taak die het leger uitoefent, aangezien het leger getraind is op basis van de

---

<sup>272</sup> M. Tétreault, 'The Sexual Politics of Abu Ghraib: Hegemony, Spectacle, and the Global War on Terror', *NWSA Journal* 18 (2006) 33-50, 40.

<sup>273</sup> Tétreault, 'The Sexual Politics of Abu Ghraib', 40.

<sup>274</sup> K. Harbury, *Truth, Torture, and the American Way. The History and Consequences of U.S. Involvement in Torture* (Boston 2005), 25.

Geneefse Conventies en ondervraging binnen deze Conventies verboden is.<sup>275</sup> Daarom was vergaande ondervraging vaak een taak die vervuld werd door de CIA, in het geheim. De ondervraging vond echter wel plaats binnen militaire gevangenissen, waardoor er soms een ‘prison within a prison’ ontstond, een deel van de gevangenis die enkel toegankelijk was voor de CIA.<sup>276</sup>

In haar boek *Truth, Torture, and the American Way. The History and Consequences of U.S. Involvement in Torture* bepleit Jennifer Harbury dat de CIA zich al sinds jaar en dag schuldig maakt aan marteling.<sup>277</sup> Hoewel dit wellicht een sterk verhaal lijkt, een onderdeel van een samenzweringstheorie zoals die veelvuldig te zien waren na 9/11, is het minder ongeloofwaardig dan het lijkt. In 2005 bracht *The Washington Post* het nieuws dat de CIA gebruik maakte van geheime gevangenissen in Oost-Europa.<sup>278</sup> Het verborgen wereldwijde gevangenisnetwerk zou een centraal element zijn in de irreguliere strijd.<sup>279</sup> De plaatsen waar deze gevangenissen zich bevonden, de zogenaamde ‘black sites’, waren streng geheim. De locatie was veelal enkel bekend bij een handjevol beampten van de Amerikaanse CIA-top, de president zelf en enkele *intelligence*-beampten van het land waar de gevangenis zich bevond.<sup>280</sup> Op het moment dat *The Washington Post* de informatie naar buiten bracht, waren de sites al verlaten. Human Rights Watch wist de locaties echter al vrij snel te achterhalen en bevestigde het nieuws.<sup>281</sup>

De CIA lijkt inderdaad lange tijd met weinig toezicht geopereerd te hebben. Dit is met name het gevolg van het feit dat de CIA vooral buiten de landsgrenzen te werk gaat. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de Federal Bureau of Investigation (FBI), die opereert op Amerikaans grondgebied en gebonden is aan nationale wetgeving, zijn de restricties voor de CIA veel minder duidelijk. Volgens Harbury is het gevolg hiervan dat zij al lange tijd twijfelachtige praktijken beoefenen.<sup>282</sup>

---

<sup>275</sup> Artikel 17 van de Derde Geneefse Conventie. Te vinden op:

<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=2D8538058860C1FCC12563CD0051ABBE>

<sup>276</sup> Harbury, *Truth, Torture, and the American Way*, 17.

<sup>277</sup> Harbury, *Truth, Torture, and the American Way*, 25.

<sup>278</sup> D. Priest, ‘CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons’ (versie 2 november 2005),

<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/01/AR2005110101644.html> (25 augustus 2014).

<sup>279</sup> Ibidem.

<sup>280</sup> Ibidem.

<sup>281</sup> A. Goldman, ‘The hidden history of the CIA’s secret prison in Poland’, (versie 23 januari 2014)

[http://www.washingtonpost.com/world/national-security/the-hidden-history-of-the-cias-prison-in-poland/2014/01/23/b77f6ea2-7c6f-11e3-95c6-0a7aa80874bc\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/national-security/the-hidden-history-of-the-cias-prison-in-poland/2014/01/23/b77f6ea2-7c6f-11e3-95c6-0a7aa80874bc_story.html) (25 augustus 2014).

<sup>282</sup> Harbury, *Truth, Torture, and the American Way*, 25.



Under the doctrine of sovereign immunity, neither the U.S. government nor any federal officers or agencies can normally be sued. Certain very limited exceptions exist, and constitutional violations are one of those exceptions. (...) The Supreme Court, however, has made it clear that most constitutional prohibitions will not apply outside of the territories of the United States, unless U.S. citizens are involved. (...) The CIA, which operated almost exclusively outside of our borders, has thus escaped the moral and legal confines of the constitution altogether.<sup>283</sup>

In de oorlog tegen het terrorisme is er een nauwe samenwerking geweest tussen de zogenaamde ‘intelligence agencies’ en het leger, waardoor het volgens Harbury onvermijdelijk was dat er een bepaalde ‘kruisbesmetting’ plaatsvond. ‘When these intelligence agents came to work in close proximity to uniformed and inexperienced servicemen and –women, the inevitable contamination occurred.’<sup>284</sup> Het leger kon echter wel degelijk verantwoordelijk worden gehouden, met als gevolg dat zij voor de wandaden opdraaide.

Deze theorie van kruisbesmetting legt de verantwoordelijkheid van de daden niet enkel bij de directe daders, maar bij de beslissingen die op hoger niveau genomen zijn. Het feit dat de CIA dit soort technieken al eerder uitvoerde, evenals hun betrokkenheid bij de gevangenen, zou ertoe hebben geleid dat dit soort wantoestanden konden ontstaan.

## **Belangrijke onderzoeken**

De vraag of de mishandelingen een gevolg waren van overheidsbeleid was een belangrijke vraag. Het tolereren van dit soort gedrag zou een grove schending zijn van verschillende verdragen, niet enkel van de Geneefse Conventies. Daarnaast zou het de aansprakelijkheid verplaatsen naar een geheel ander niveau. Naar aanleiding van de mishandelingen in Abu Ghraib werd dan ook een aanzienlijk aantal onderzoeken ingesteld.

Belangrijke onderzoeken die werden geïnitieerd door de overheid waren het Schlesinger onderzoek en het Fay-Jones onderzoek. Het Schlesinger onderzoek omschreef de mishandelingen in Abu Ghraib als ‘acts of brutality and purposeless sadism’<sup>285</sup>, die zowel

---

<sup>283</sup> Harbury, *Truth, Torture, and the American Way*, 180.

<sup>284</sup> *Ibidem*, 25.

<sup>285</sup> Schlesinger e.a., *Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations*, 5.

begaan waren door de Military Police als door het *intelligence* personeel. Hoewel het onderzoek oordeelde dat de mishandelingen niet behoorde tot het officiële beleid, concludeerde het wel dat het meer was dan wandaden van een paar rotte appels.

Abuses of varying severity occurred at differing locations under differing circumstances and context. They were widespread and, though inflicted on only a small percentage of those detained, they were serious both in number and in effect. No approved procedures called for or allowed the kinds of abuse that in fact occurred. There is no evidence of a policy of abuse promulgated by senior officials or military authorities. Still, the abuses were not just the failure of some individuals to follow known standards, and they are more than the failure of a few leaders to enforce proper discipline. There is both institutional and personal responsibility at higher levels.<sup>286</sup>

Daarnaast plaatste het panel een kanttekening bij het onderzoek, zij had geen volledige toegang tot informatie over de rol van de CIA gekregen, waardoor het beeld wellicht onvolledig was. Dit lijkt inderdaad een vrij belangrijke schakel, aangezien het veelal het beleid van de CIA was dat ter discussie stond met betrekking tot de mishandelingen.

Het tweede onderzoek waar veel aandacht voor was, was het Fay-Jones onderzoek, waarbij er gekeken werd naar de *intelligence*-activiteiten die hadden plaatsgevonden in Abu Ghraib.<sup>287</sup> In het rapport dat hieruit voortkwam werd er een onderscheid gemaakt tussen twee vormen van mishandeling; seksuele mishandeling en niet-seksueel getinte mishandeling. In het rapport werd geconcludeerd dat de soldaten die de gevangenen op een seksuele manier mishandelden, heel goed wisten dat zij verkeerd bezig waren. ‘No Soldier or contractor believed that these abuses were permitted by any policy or guidance’, zo stelde het rapport.<sup>288</sup> Dit gold echter niet voor het overige geweld, zoals het bedreigen van de gevangenen met honden en het verwijderen van kleding. Volgens het rapport was er verwarring over of dit was toegestaan of niet en ‘some of them may have honestly believed the techniques were condoned’.<sup>289</sup> Het Fay-Jones Report oordeelde dat de belangrijkste reden voor de wandaden in Abu Ghraib wangedrag van een kleine groep ‘morally corrupt soldier and civilians’ was.<sup>290</sup>

Beide onderzoeken gaven aan dat er sprake was geweest van mishandeling tijdens

---

<sup>286</sup> Schlesinger e.a., *Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations*, 5.

<sup>287</sup> R. Fay en R. Jones, *Investigation of Intelligence Activities At Abu Ghraib* (24 augustus 2004), 4. Te vinden op: [http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/26\\_08\\_04\\_fayreport.pdf](http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/26_08_04_fayreport.pdf).

<sup>288</sup> R. Fay en R. Jones, *Investigation of Intelligence Activities At Abu Ghraib* (24 augustus 2004), 4. Te vinden op: [http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/26\\_08\\_04\\_fayreport.pdf](http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/26_08_04_fayreport.pdf).

<sup>289</sup> *Ibidem*, 4.

<sup>290</sup> *Ibidem*, 3.

ondervragingen, maar dat er geen directe link was tussen de ondervragingen en de mishandelingen. Hiermee werd geïmpliceerd dat de mishandeling niet specifiek werd toegepast als middel om informatie los te krijgen.

Naast deze onderzoeken, ingesteld door de Amerikaanse overheid, vonden er ook onafhankelijke onderzoeken plaats. Zo presenteerden onder andere Human Rights Watch en Amnesty International hun bevindingen in een rapport. Human Rights Watch bracht haar rapport uit in juni 2004 en oordeelde hard. Volgens de organisatie was het geweld in Abu Ghraib absoluut geen uitzondering. In het onderzoek *The Road to Abu Ghraib* beweerden zij dat het gedrag, zoals dat had plaatsgevonden in Abu Ghraib, verre van uitzonderlijk was.

In fact, the only exceptional aspect of the abuse at Abu Ghraib may have been that it was photographed. Detainees in U.S. custody in Afghanistan have testified that they experienced treatment similar to what happened in Abu Ghraib -- from beatings to prolonged sleep and sensory deprivation to being held naked -- as early as 2002. Comparable -- and, indeed, more extreme -- cases of torture and inhuman treatment have been extensively documented by the International Committee of the Red Cross and by journalists at numerous locations in Iraq outside Abu Ghraib.<sup>291</sup>

Niet alleen werd er gesteld dat het gedrag niet uitzonderlijk was, het gedrag zou eveneens van hogere hand bevorderd zijn. ‘This pattern of abuse did not result from the acts of individual soldiers who broke the rules’, concludeerde het rapport. Volgens Human Rights Watch was de mishandeling dan ook niet het gevolg van individuele keuzes, maar van de beslissingen die de Bush regering had gemaakt met het aan de kant zetten en schenden van internationale regels en verdragen.<sup>292</sup> ‘It resulted from decisions made by the Bush administration to bend, ignore, or cast rules aside.’<sup>293</sup>

Ook concludeerde de organisatie dat het geweld wijdverspreid was. ‘Comparable -- and, indeed, more extreme -- cases of torture and inhuman treatment have been extensively documented by the International Committee of the Red Cross and by journalists at numerous locations in Iraq outside Abu Ghraib’.<sup>294</sup> Human Rights Watch meende hierbij dat de

---

<sup>291</sup> Human Rights Watch, ‘The Road to Abu Ghraib’, (juni 2004)  
<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa0604.pdf> (26 februar 2014), 1.

<sup>292</sup> Ibidem, 1.

<sup>293</sup> Human Rights Watch, ‘The Road to Abu Ghraib’, (juni 2004)  
<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa0604.pdf> (26 februar 2014), 1.

<sup>294</sup> Human Rights Watch, ‘The Road to Abu Ghraib’ (juni 2004)  
<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa0604.pdf> (25 augustus 2014), 1.

technieken die in Abu Ghraib gebruikt waren, eveneens gehanteerd werden in Afghanistan en Guantánamo Bay.<sup>295</sup>

Ook Amnesty International plaatste het geweld in een breder kader toen zij eind oktober een rapport naar buiten brachten.<sup>296</sup> De organisatie veroordeelde het afstappen van de bestaande wetgeving. Het creëren van een oorlogsmentaliteit waarbij er tegelijkertijd werd afgeweken van het internationaal humanitair oorlogsrecht was volgens hen een bekend pad op de weg naar marteling, net als het excuus van de ‘noodzaak tot zelfbescherming’.<sup>297</sup> Volgens de organisatie was er dan ook wel degelijk sprake geweest van marteling en getuigde het van een ‘double standard’ dat de Amerikaanse regering weigerde de mishandelingen onder het kopje ‘marteling’ te scharen.

Ook het ICRC deed onderzoek naar de behandeling van gevangenen. In mei 2004 lekten er stukken van een vertrouwelijk rapport van het ICRC, over de behandeling van gevangenen in Irak, uit naar de pers. Het ging om een rapport van inspecties en interviews die hadden plaatsgevonden van maart tot november 2003. Hierin werden grove beschuldigingen geuit, het woord ‘marteling’ werd niet gemedend. Zo zouden gevangenen fysiek mishandeld zijn, zouden de Geneefse Conventies veelvuldig geschonden zijn en zouden er zelfs gevangenen gedood zijn.<sup>298</sup> Volgens het rapport was er sprake van systematische mishandeling van gevangenen waarvan gedacht werd dat zij waardevolle informatie bezaten.

The ill-treatment by the CF personnel during interrogation was not systematic, except with regard to persons arrested in connection with suspected security offenses or deemed to have an "intelligence" value. In these cases, persons deprived of their liberty supervised by the military intelligence were subjected to a variety of ill-treatments ranging from insults and humiliation to both physical and psychological coercion that in some cases might amount to torture in order to force them to cooperate with their interrogators. In certain cases, such as in Abu Ghraib military intelligence section, methods of physical and psychological coercion used by the interrogators appeared to be part of the standard operating procedures by military intelligence personnel to obtain confessions and extract information.<sup>299</sup>

---

<sup>295</sup> Human Rights Watch, ‘The Road to Abu Ghraib’ (juni 2004)

<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa0604.pdf> (25 augustus 2014), 2.

<sup>296</sup> Amnesty International, ‘USA: Human dignity denied: Torture and accountability in the “war on terror” ’ (versie 27 oktober 2004), <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/145/2004/en/b6ab0f58-d570-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/amr511452004en.html> (27 augustus 2014).

<sup>297</sup> Ibidem, 1.

<sup>298</sup> S. Cloud, C. Robbins en G. Jaffe, ‘Red Cross Found Widespread Abuse of Iraqi Prisoners’ (versie 7 mei 2004), <http://online.wsj.com/articles/SB108384106459803859> (27 augustus 2014).

<sup>299</sup> International Committee of the Red Cross, ‘Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva

Deze conclusie stond haaks op de conclusies die werden getrokken in het Schlesinger en het Fay-Jones onderzoek, waarin gesteld werd dat de mishandelingen niet systematisch waren en niet verbonden waren aan het ondervragingsbeleid.

Het ICRC had in het rapport een lijst opgenomen van de meest gebruikte ‘ill-treatments’ tijdens ondervragingen. Hierin stond onder andere het slaan met harde objecten, het ontkleden van gevangenen, het onthouden van voedsel of water, seksuele vernedering, het gebruik van stressposities en langdurige isolatie.<sup>300</sup> ‘These methods of physical and psychological coercion were used by the military intelligence in a systematic way to gain confessions and extract information or other forms of cooperation from persons who had been arrested in connection with suspected security offences or deemed to have an "intelligence value", zo concludeerde het rapport.<sup>301</sup>

De conclusie dat de mishandelingen wel degelijk verbonden waren aan verhoormethodes voorspelde weinig goeds voor de situatie van de gevangenen in Guantánamo Bay. Zij hadden, in tegenstelling tot de gevangenen in Irak, geen enkele juridische bescherming. Daar kwam bij dat het detentiecentrum in Guantánamo Bay als doel had het vergaren van *intelligence*, waarbij verhoor uiteraard een hoofdrol speelde.

Er waren een aantal omstandigheden die het inderdaad zeer waarschijnlijk maakten dat de mishandeling van gevangenen ook had plaatsgevonden in Guantánamo Bay. Allereerst was er vóór de mishandeling in Abu Ghraib plaatsvonden, een wisseling van de wacht geweest. Majoor Generaal Geoffrey Miller, verantwoordelijk voor het vergaren van *intelligence* in Guantánamo, was naar Abu Ghraib gehaald, zogezegd ‘to Gitmo-ize it’.<sup>302</sup> Er zou te weinig informatie vrijkomen en Miller moest ervoor zorgen dat hier verandering in kwam. Miller adviseerde dat de bewakers meer betrokken werden in de ondervraging, met name in het ‘softening-up’ van gevangenen.<sup>303</sup> Dit is het samenspel van het personeel van de Military Police (MP’s) en de Military Intelligence (MI’s), wat in Fay-Jones rapport gezien werd als één van de belangrijkste oorzaken voor het ontstaan van de mishandelingen. Vanaf oktober

---

Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation’ (versie 12 mei 2004), <http://cryptome.org/icrc-report.htm#3.1> Methods of Ill-Treatment (27 augustus 2014).

<sup>300</sup> Ibidem.

<sup>301</sup> International Committee of the Red Cross, ‘Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation’ (versie 12 mei 2004), <http://cryptome.org/icrc-report.htm#3.1> Methods of Ill-Treatment (27 augustus 2014)..

<sup>302</sup> Human Rights Watch, ‘The Road to Abu Ghraib’ (juni 2004) <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa0604.pdf> (25 augustus 2014), 32.

<sup>303</sup> Ibidem, 32.

2003 werden zijn aanbevelingen geïmplementeerd en dat, bleek later, is eveneens het moment dat er mishandelingen hebben plaatsgevonden.

Het advies dat Miller gaf tijdens zijn bezoek aan Abu Ghraib is uitgebreid besproken in de media. In een latere briefing werd verteld dat de majoor-generaal duidelijk had vermeld dat de technieken die gebruikt werden in Guantánamo niet één op één toepasbaar waren op de gevangenen Abu Ghraib.<sup>304</sup> De reden hiervoor was dat de gevangenen in Irak een status als POW genoten, terwijl dat voor de gevangenen in Guantánamo Bay niet gold. Hiermee werd duidelijk geïmpliceerd dat de technieken die gebruikt werden in Guantánamo Bay niet voldeden aan de bepalingen van de Geneefse Conventies.

## De ‘Torture Memo’s’

Op 8 juni 2004 werd duidelijk dat overheidsbeleid wel degelijk een grote rol had gespeeld in het ontstaan van de mishandelingen. *The Washington Post* had het Bybee Memorandum, waarin gepleit werd voor vergaande verhoortechnieken en er een nauwe definitie aan marteling werd gegeven, te pakken gekregen en plaatste een uitgebreid artikel met als titel ‘Memo Offered Justification for Use of Torture’, een beschuldiging die zo vlak na het schandaal rond Abu Ghraib erg ongelegen kwam voor de Amerikaanse regering.<sup>305</sup>

Het memorandum van Bybee was een antwoord op een vraag vanuit de CIA. De CIA had moeite met het loskrijgen van informatie van prominente gevangenen en wilde weten waar de grenzen voor de verhoortechnieken lagen. Om deze reden wilde de organisatie een duidelijke juridische definitie van het begrip ‘marteling’. Ook werd opheldering gevraagd over de verplichtingen onder de Geneefse Conventies.<sup>306</sup> Het personeel ter plekke zou gefrustreerd zijn geraakt over de geringe hoeveelheid informatie die zij loskregen en wilde weten hoe ver zij konden gaan zonder de grens van strafbaarheid te overschrijden.<sup>307</sup>

Het artikel beschreef hoe het Ministerie van Justitie oordeelde dat internationale wetgeving tegen marteling wellicht onconstitutioneel was in de oorlog tegen het terrorisme,

---

<sup>304</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Defense Department Background Briefing’ (versie 14 mei 2014), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3018> (3 september 2014).

<sup>305</sup> D. Priest en R. Smith, ‘Memo Offered Justification for Use of Torture’ (versie 8 juni 2004), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23373-2004Jun7.html> (28 augustus 2004).

<sup>306</sup> J. Bybee, ‘Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, 1 augustus 2002’, zie bijlage 2.

<sup>307</sup> J. Bravin, ‘Pentagon Report Set Framework For Use of Torture’ (versie 7 juni 2004), <http://online.wsj.com/articles/SB108655737612529969> (27 augustus 2004).

met name als zij werd toegepast op ondervraging. Criminele vervolging van Amerikaanse soldaten die hadden gemarteld zou te ontwijken zijn, het kon immers verdedigd worden vanuit de noodzaak tot zelfbescherming.

De krant oordeelde hard. ‘...the 2002 and 2003 memos reflect the Bush administration's desire to explore the limits on how far it could legally go in aggressively interrogating foreigners suspected of terrorism or of having information that could thwart future attacks.’<sup>308</sup> Er werd beschreven hoe er een andere, veel nauwere definitie werd gegeven aan marteling. Marteling, zo beschreef de memo, ‘must be equivalent in intensity to the pain accompanying serious physical injury, such as organ failure, impairment of bodily function, or even death.’<sup>309</sup> Deze beschrijving was in strijd met het gebruikelijke ondervragingsbeleid zoals dat beschreven staat in het Army's Field Manual 34-52, waarin bijvoorbeeld stressposities en het onthouden van slaap als marteling gezien worden en verboden zijn.<sup>310</sup> In het Bybee Memorandum werd echter gesteld dat er, om als marteling door te kunnen gaan, sprake moest zijn van ‘significant psychological harm of significant duration, e.g., lasting for months or even years.’<sup>311</sup>

Het artikel gaf aan dat het Ministerie van Defensie in 2003 een eigen werkgroep opstelde om onderzoek te doen naar de grenzen van marteling, zoals beschreven in het tweede hoofdstuk. In de redentie van beide groepen zou een grote overlap zichtbaar zijn, wat volgens de krant liet zien dat het eerdere document van het Ministerie van Justitie aanzienlijke invloed had gehad. In het onderzoek van het Pentagon werd eveneens gezegd dat de Amerikaanse wetgeving die marteling door Amerikaanse burgers verbood, niet van toepassing was op het gedrag van Amerikaans personeel in Guantánamo Bay.<sup>312</sup> De wet zou wel gelden bij ondervraging in Irak en Afghanistan, maar op het moment dat personeel handelde in opdracht van de president zou de wet niet afdwingbaar zijn. Daarnaast kon strafbaarheid in de meeste gevallen voorkomen worden. “If a government defendant were to harm an enemy combatant during an interrogation in a manner that might arguably violate criminal prohibition, he would be doing so in order to prevent further attacks on the United States by the al Qaeda terrorist network,” zo werd er geoordeeld in de documenten. “In that case, DOJ

---

<sup>308</sup> D. Priest en R. Smith, ‘Memo Offered Justification for Use of Torture’ (versie 8 juni 2004), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23373-2004Jun7.html> (28 augustus 2004).

<sup>309</sup> Ibidem.

<sup>310</sup> Ibidem.

<sup>311</sup> Ibidem.

<sup>312</sup> Ibidem.

[Department of Justice] believes that he could argue that the executive branch's constitutional authority to protect the nation from attack justified his actions.”<sup>313</sup>

De Bybee documenten, die de weinig subtiele bijnaam ‘the Torture Memo’s’ hadden gekregen, waren de hele week voorpaginanieuws, niet alleen in de Verenigde Staten, maar over de hele wereld. Het document van december 2002, waarin Rumsfeld vergaande ondervragingstechnieken voor Guantánamo Bay goedkeurde, zorgde voor een stortvloed aan kritiek. In de lijst met nieuwe ondervragingstechnieken, de Categorie III technieken die in voorgaande hoofdstukken besproken zijn, was onder andere het gebruik van honden, stressposities, naaktheid, isolatie tot 30 dagen en ondervragingssessies van 20 uur opgenomen.<sup>314</sup> In de documenten was te zien hoe Rumsfeld de technieken in eerste instantie goedkeurde, maar deze goedkeuring zes weken later introk.

Logischerwijs veroorzaakte het uitlekken van deze documenten behoorlijk wat commotie. ‘It is by leaps and bounds the worst thing I've seen since this whole Abu Ghraib scandal broke,’ sprak Tom Malinowski van Human Rights Watch.<sup>315</sup> ‘It appears that what they were contemplating was the commission of war crimes and looking for ways to avoid legal accountability. The effect is to throw out years of military doctrine and standards on interrogations.’<sup>316</sup> Ook militaire officieren die betrokken waren bij de werkgroep zouden geschokt hebben gereageerd op de nieuwe richtlijnen. In het artikel was de reactie van een militair advocaat opgenomen die aangaf dat dit ongekend was. De Geneefse Conventie vormde al dertig jaar lang de leidraad en afwijken daarvan kon grote gevolgen hebben. ‘Once you start telling people it's okay to break the law, there's no telling where they might stop’, zo waarschuwde hij.<sup>317</sup>

### *Ontkenning van het officieel toestaan van marteling*

De Amerikaanse regering reageerde op alle commotie door op 22 juni 258 pagina's aan overheidsdocumenten vrij te geven waarin te zien was hoe er met deze materie was omgesprongen. Het doel was aan te tonen dat het Bybee Memorandum geen significante invloed had gehad in het beleid dat was opgesteld en dat er geen overheidsbeleid was waarin

---

<sup>313</sup> D. Priest en R. Smith, ‘Memo Offered Justification for Use of Torture’ (versie 8 juni 2004), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23373-2004Jun7.html> (28 augustus 2004).

<sup>314</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary of Defense Rumsfeld Interview with David Frost (BBC)’ (versie 13 juli 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2778> (28 augustus 2014).

<sup>315</sup> Ibidem.

<sup>316</sup> Priest en Smith, ‘Memo Offered Justification for Use of Torture’ (versie 8 juni 2004), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23373-2004Jun7.html> (28 augustus 2004).

<sup>317</sup> Ibidem.



het martelen van gevangenen werd toegestaan.<sup>318</sup> Volgens critici was dit een directe reactie op de kritiek die de regering te verduren kreeg. ‘The late-in-the-day release of documents was the Bush administration's most aggressive attempt yet to counter a growing perception that it had secretly condoned the use of torture at the detention centre at Guantánamo Bay, Cuba, and at the Abu Ghraib prison in Iraq’, zo schreef de Canadese *Toronto Star*.<sup>319</sup>

Het vrijgeven van de documenten ging gepaard met een speech van president Bush waarin hij zei: ‘We do not condone torture. I have never ordered torture. I will never order torture. The values of this country are such that torture is not a part of our soul and our being.’<sup>320</sup> Hoewel de regering pleitte op deze manier openheid van zaken te geven, werd hier direct sterk aan getwijfeld. Er zou zwaar geselecteerd zijn in de documenten. Een ‘self-serving selection’, zo noemden sommigen het vrijgegeven geheel.<sup>321</sup>

Twee dagen nadat de documenten waren vrijgegeven gaf Rumsfeld een interview aan Sean Hannity van *ABC Radio*, waarin er vragen werden gesteld over de gebruikte technieken.<sup>322</sup> Rumsfeld hield vol dat de gevangenen humanair behandeld waren, volgens de gestelde richtlijnen. ‘Now, people can argue that doing a certain thing to a person is bad,’ gaf hij aan terwijl hij verwees naar het veranderen van dieet en het toepassen van stressposities. ‘... on the other hand, people will look at that and say, well, that’s not anything terrible.’ Het ging hier immers ook niet om onschuldige mensen. ‘And it is important to realize that we’re in a war, that the people that have been taken off the battlefield and detained are people who have information about Osama bin Laden and the people who were trying to kill additional American men, women and children.’<sup>323</sup> Rumsfeld gaf daarnaast aan dat hij van mening was dat ‘discomfort’ wezenlijk verschilde van ‘torture’. ‘Now torture, to me, means imposing pain on somebody and that’s what the dictionary says’, zo verduidelijkte hij.<sup>324</sup>

Ook tijdens een interview met David Frost van de *BBC* werd Rumsfeld gevraagd naar de ondervragingstechnieken in Guantánamo Bay. Frost stelde de minister onder andere de vraag

---

<sup>318</sup> D. Bash en J. McIntyre, ‘Bush: ‘I have never ordered torture’’ (versie 23 juni 2004), <http://edition.cnn.com/2004/ALLPOLITICS/06/22/prisoner.memos/index.html?iref=allsearch> (27 augustus 2014).

<sup>319</sup> T. Harper, ‘‘We do not condone torture,’ Bush says’, *The Toronto Star*, 23 juni 2004.

<sup>320</sup> Bash en McIntyre, ‘Bush: ‘I have never ordered torture’’ (versie 23 juni 2004), <http://edition.cnn.com/2004/ALLPOLITICS/06/22/prisoner.memos/index.html?iref=allsearch> (27 augustus 2014).

<sup>321</sup> Ibidem.

<sup>322</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary Rumsfeld Interview with Sean Hannity, ABC Radio’ (versie 24 juni 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3353> (28 augustus 2014).

<sup>323</sup> Ibidem.

<sup>324</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary Rumsfeld Interview with Sean Hannity, ABC Radio’ (versie 24 juni 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3353> (28 augustus 2014).

waarom hij na zes weken plotseling zijn goedkeuring introk. ‘What changed your mind?’, wilde Frost weten. Rumsfeld antwoordde door aan te geven dat juridische adviseurs naar de aanvraag hadden gekeken en dat zij deze in lijn achtten met het presidentiële order, waarin gesteld werd dat de gevangenen humanaan behandeld dienden te worden. Een paar weken later ontstond er echter opnieuw discussie onder de advocaten, die zich zorgen maakten over bepaalde technieken. Als reactie hierop zou Rumsfeld mondeling het bevel hebben gegeven de Categorie III technieken te staken, waarna opnieuw bekeken moest worden wat er toegestaan was binnen de Geneefse Conventie en wat niet.<sup>325</sup>

Daarnaast gaf Rumsfeld aan dat de Categorie III technieken, naar zijn weten, slechts waren toegepast op één gevangene; Al Katani, de twintigste kaper van de aanslagen op 11 september, al leek hij hier niet erg zeker van. ‘We may find out that's not correct at some point in the future, but at least my information thus far is that that's the case.’<sup>326</sup> Ook hield hij vol dat de invloed van het Bybee Memorandum klein was. Het zou een conclusie zijn geweest van het Ministerie van Justitie, ‘and didn't really have any bearing on the procedures and techniques that ended up being used by the Department of Defense’.<sup>327</sup> Volgens Rumsfeld behoorde de mishandelingen die te zien waren in de foto's van Abu Ghraib pertinent niet tot het ondervragingsbeleid.

We have not yet determined any connection at all between that abuse and an interrogation process. Indeed, the majority of the people in those pictures engaged in that abuse were individuals who were not even security detainees, that is to say they were not people that were even being interrogated for the most part.’<sup>328</sup>

Eind 2004 werd dit echter opnieuw tegengesproken door het ICRC. Er lekte een memorandum van een vertrouwelijk rapport van het ICRC, dat nog steeds geregeld bezoeken bracht aan de gevangenen in Guantánamo Bay, uit naar *The New York Times*.<sup>329</sup> In het rapport stond vermeld dat het Amerikaanse leger doelbewust gebruik had gemaakt van

---

<sup>325</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary of Defense Rumsfeld Interview with David Frost (BBC)’ (versie 13 juli 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2778> (28 augustus 2014).

<sup>326</sup> Ibidem.

<sup>327</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary of Defense Rumsfeld Interview with David Frost (BBC)’ (versie 13 juli 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2778> (28 augustus 2014)..

<sup>328</sup> Ibidem.

<sup>329</sup> *The New York Times*, ‘Red Cross Finds Detainee Abuse in Guantánamo’, (versie 30 november 2004), [http://www.nytimes.com/2004/11/30/politics/30gitmo.html?pagewanted=1&\\_r=4&ei=5088&en=825f1aa04c65241f&ex=1259470800&partner=rssnyt](http://www.nytimes.com/2004/11/30/politics/30gitmo.html?pagewanted=1&_r=4&ei=5088&en=825f1aa04c65241f&ex=1259470800&partner=rssnyt) (28 augustus 2014).

psychologische en fysieke dwang ‘tantamount to torture’.<sup>330</sup> Ook zou er medisch personeel betrokken zijn geweest bij de verhoorsessies, ‘a flagrant violation of medical ethics’.<sup>331</sup>

Binnen het comité van het ICRC zou met name deze betrokkenheid van medisch personeel tot een fel debat hebben geleid. Sommige leden zouden van mening zijn geweest dat de overtredingen te ernstig waren om vertrouwelijk te houden en dat het rapport publiekelijk moest worden gemaakt om de druk op de Amerikaanse regering te verhogen.<sup>332</sup> Het is extreem uitzonderlijk voor het ICRC om naar buiten te treden met een vertrouwelijk rapport en het feit dat dit in overweging werd genomen toonde dan ook de ernst van de situatie aan.

Het feit dat het ICRC concludeerde dat er technieken ‘tantamount to torture’ waren gebruikt, plus het Bybee Memorandum en de ongemakkelijke situatie die het vasthouden van gevangenen in een zogenaamd ‘legal black hole’ met zich meebracht, zorgden ervoor dat er maar weinig mensen waren die nog geloofden dat Guantánamo Bay een legitieme gevangenis was die voldeed aan de internationale richtlijnen. De BBC schreef in 2004: ‘...the Bush administration's detention policies have been perhaps the most consistently controversial aspect of its "global war on terrorism". It's an issue that just won't go away.’<sup>333</sup> De berichten over martelingen die zouden hebben plaatsgevonden in het detentiecentrum stapelden zich op. Hierdoor kwam er eveneens meer aandacht voor de juridische achtergrond van het detentiecentrum, waardoor het standpunt van de Amerikaanse regering, dat zij wel degelijk de principes van de Geneefse Conventies naleefde, steeds ongeloofwaardiger werd.

## **Het legitimeren van Guantánamo Bay na Abu Ghraib**

Na het wereldwijd bekend worden van de mishandelingen en de foto's daarvan, was te zien hoe de Amerikaanse regering een beleid beoefende van distantie, waarbij zij als regering afstand nam van de wandaden en sterk de nadruk legde op haar democratische karakter. In mei gaf Rumsfeld een speech waarin hij aangaf dat met dit schandaal te zien was wat er

---

<sup>330</sup> The New York Times, ‘Red Cross Finds Detainee Abuse in Guantánamo’, (versie 30 november 2004), [http://www.nytimes.com/2004/11/30/politics/30gitmo.html?pagewanted=1&\\_r=4&ei=5088&en=825f1aa04c65241f&ex=1259470800&partner=rssnyt](http://www.nytimes.com/2004/11/30/politics/30gitmo.html?pagewanted=1&_r=4&ei=5088&en=825f1aa04c65241f&ex=1259470800&partner=rssnyt) (28 augustus 2014).

<sup>331</sup> Ibidem.

<sup>332</sup> Ibidem.

<sup>333</sup> N. Childs, ‘Guantánamo Controversy Rumbles on’ (versie 18 oktober 2004), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3754238.stm> (versie 28 augustus 2004).

gebeurde als dingen misgingen binnen een democratie, hiermee de democratische aard van de Verenigde Staten benadrukkend.

In the past two weeks, the United States has offered the world a seminar on what happens when things go wrong in a democracy. The world has seen those shameful pictures, but the same world has watched the United States government take responsibility and apologize to those individuals who were wronged. It's watched senior civilian and military leadership come to Congress to testify under oath about what was known and what has been done. It's watched a free media publish stories of all types, from the accurate to the grossly distorted. Iraq and the watching world have seen that in our country, no one is above the law, that we are a nation governed by laws.<sup>334</sup>

Ook onderminister Feith benadrukte het imago van de Verenigde Staten als een land dat bestaande gedragsregels hoog in het vaandel had staan, niet alleen als nationaal principe, maar als behorend tot de 'Amerikaanse natuur'. 'No country in the world upholds the Geneva Conventions on the law of armed conflict more steadfastly than does the United States. This is true not only because Americans recognize a moral obligation to be humane but because Americans are law-abiding by nature and in practice', zo speechte hij begin mei.<sup>335</sup>

Deze ontkenning dat er was afgeweken van bestaande wetgeving was eveneens terug te zien met betrekking tot het detentiecentrum in Guantánamo Bay. Het benadrukken dat de Geneefse Conventies strikt werden nageleefd was een belangrijke tendens. Rumsfeld werd tijdens meerdere bijeenkomsten aan de tand gevoeld over het creëren van een nieuwe groep gevangenen die niet gedekt werd door de Conventies, want had dit mishandelingen niet in de hand gewerkt? Had het ontkennen van de toepasbaarheid van de Geneefse Conventies de basis gelegd voor verdere afwijking van bestaande normen, uiteindelijk leidend tot mishandeling van gevangenen? Wat was het doel van het creëren van een nieuwe, wetteloze groep als het niet de intentie was om af te wijken van de bepalingen van de Conventie? Rumsfeld antwoordde echter steeds weer dat het een juridische kwestie was, dat de gevangenen niet anders behandeld werden dan was afgesproken in de Conventies. '...while you're certainly correct that the lawyers made a legal distinction with respect to the Geneva Convention, in every time that was uttered, it was also added that they are being treated

---

<sup>334</sup> U.S. Department of Defense, *Speeches*, 'Remarks to the Heritage Foundation' (versie 17 mei 2004), <http://www.defense.gov/Speeches/Speech.aspx?SpeechID=123> (29 augustus 2014).

<sup>335</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Presenter: Under Secretary of Defense for Policy Douglas J. Feith' (versie 4 mei 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2958> (1 september 2014).

consistent with the Geneva Convention. And that has been our desire, our intent and our conviction up until this point', zo sprak hij begin mei.<sup>336</sup> Rumsfeld ontkende in elke toonaard dat hij ruimte had gelaten voor een bredere interpretatie van de internationale regels.

### *Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie*

Buiten het feit dat steevast werd vastgehouden aan het idee dat er niet was afgeweken van de Derde Geneefse Conventie, verscheen in mei 2004 ook de Vierde Geneefse Conventie als legitimatie ten tonele. De Vierde Geneefse Conventie gaat over de bescherming van burgers in oorlogstijd. Tijdens een briefing in mei werd vermeld dat het Amerikaanse leger op dat moment voornamelijk nog 'security internees' onder zijn hoede had, wat een subcategorie was van de zogenaamde 'civilian internees'. Deze zouden niet onder de Derde Geneefse Conventie vallen, maar onder de Vierde. Binnen de Vierde Geneefse Conventie zou Artikel 5 op hen van toepassing zijn, waarin stond dat het gelegitimeerd was om gevangenen die een serieuze dreiging voor de veiligheid van een staat vormde, vast te houden.<sup>337</sup> Het grootste deel van de gevangenen zou onder deze groep te scharen zijn. 'And so for the most part, with very, very few exceptions, because we have very few common law criminals still remaining under U.S. control, the people under U.S. control are security internees who have engaged in or have been suspected of engaging in activities which threaten the security of the state and coalition forces.'<sup>338</sup>

De Vierde Geneefse Conventie gaat over burgers, over alle mensen die niet tot een strijdkracht behoren, niet aan vijandelijkheden deelnemen en in handen van de vijand of bezetter terecht komen. Wanneer zij worden vastgehouden hebben burgers dezelfde rechten als krijgsgevangenen, wat onder andere inhoudt dat zij niet gedwongen mogen worden tot het geven van informatie. Dit Artikel is een derogatie op de Conventie, een situatie waarin er een uitzondering kan worden gemaakt op de regels van de Conventie. Hierin wordt het volgende gesteld:

Where, in the territory of a Party to the conflict, the latter is satisfied that an individual protected person is definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State, such individual person shall not be entitled to claim such

---

<sup>336</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Defense Department Operational Update Briefing' (versie 4 mei 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2973> (3 september 2014).

<sup>337</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Defense Department Background Briefing' (versie 14 mei 2014), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3018> (3 september 2014).

<sup>338</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Defense Department Background Briefing' (versie 14 mei 2014), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3018> (3 september 2014).

rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person, be prejudicial to the security of such State.<sup>339</sup>

Wat er gezegd wordt, is dat, als er een sterk vermoeden bestaat dat de burger betrokken is bij vijandelijkheden die de veiligheid van de staat aantasten, het individu geen aanspraak kan maken op de privileges en rechten die, als deze zouden worden toegekend, de veiligheid van de staat in gevaar zouden kunnen brengen. In het artikel staat echter ook dat de personen de volle rechten en privileges dienen te krijgen van een 'protected person' onder de Conventie.

In each case, such persons shall nevertheless be treated with humanity, and in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention. They shall also be granted the full rights and privileges of a protected person under the present Convention at the earliest date consistent with the security of the State or Occupying Power, as the case may be.<sup>340</sup>

Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie is op het moment het meest omstreden artikel omdat dit de basis vormt, tezamen met Artikel 5 van de Derde Geneefse Conventie, voor de interpretatie van de term 'unlawful combatants' door de Amerikaanse regering. Het feit dat in de Vierde Geneefse Conventie beschreven staat dat enkel die rechten die een gevaar opleveren voor de staatsveiligheid mogen worden gekort, geeft aan dat de persoon in principe recht heeft op een status als *protected person*, ook als deze persoon betrokken is geweest bij vijandelijkheden. Het is niet zo dat een gevangene automatisch al zijn rechten verspild heeft, maar enkel die rechten die de nationale veiligheid in gevaar kunnen brengen. Dit is eveneens de interpretatie die het ICRC aan de Conventie geeft.<sup>341</sup> De interpretatie van de VS wordt dan ook veelal gezien als dubieus.

Het aanroepen van de Vierde Geneefse Conventie is in principe geen rare zaak. Een makkelijke uitleg is dat er binnen internationale gewapende conflicten sprake is van twee categorieën 'protected persons', namelijk 'combatants' of 'civilians', strijders of burgers. *Combatants* worden, als zij in handen van vijandelijke troepen vallen, *prisoners of war*,

---

<sup>339</sup> Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie. Te vinden op: ICRC, 'Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949' <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=3F78F96145A77442C12125CD0051B9F0> (3 september 2014).

<sup>340</sup> Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie. Te vinden op: ICRC, 'Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949' <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=3F78F96145A77442C12125CD0051B9F0> (3 september 2014).

<sup>341</sup> A. Bianchi, *Enforcing International Law Norms Against Terrorism* (Oxford 2004), 46.

waarna zij onder de bescherming van de Derde Geneefse Conventie vallen. Als burgers in handen vallen van vijandelijke troepen worden zij beschermd door de Vierde Geneefse Conventie. De Amerikaanse regering bepleitte echter dat de gevangenen in Guantánamo Bay geen *combatants* of *civilians* waren, maar ‘unlawful’ *combatants*, waardoor zij geen recht hadden op bescherming van de Derde Conventie en evenmin van de Vierde. Zij zouden tot een subgroep van Artikel 5 behoren, waarmee zij buiten de wet zouden vallen. Maar dit is een omstreden conclusie die weinig steun geniet. Zo bepleitte Marco Sassòli in het artikel ‘The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law’ dat personen altijd beschermd dienen te worden door een van de twee Conventies, zonder uitzondering.<sup>342</sup> ‘...according to the text, context and aim of the Third and Fourth Conventions, no one can fall between the two Conventions and thus be protected by neither of the two.’<sup>343</sup> De Vierde Conventie geeft een definitie van ‘protected persons’ als zijnde: ‘... those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals.’ Mensen die al beschermd werden door de Derde Geneefse Conventie ‘shall not be considered as protected persons within the meaning of the present Convention’. Dit betekent dat iedereen die geen bescherming geniet van de Derde Geneefse Conventie, automatisch onder de bescherming zou vallen van de Vierde Geneefse Conventie.<sup>344</sup> Met name het commentaar dat was bijgevoegd door het ICRC maakt dit standpunt meer dan duidelijk.

Every person in enemy hands must have some status under international law: he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Convention, a civilian covered by the Fourth Convention, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention. There is no intermediate status; nobody in enemy hands can be outside the law. We feel that that is a satisfactory solution — not only satisfying to the mind, but also, and above all, satisfactory from the humanitarian point of view.<sup>345</sup>

Hieruit blijkt dat mensen altijd door de Geneefse Conventie beschermd dienen te zijn, ofwel door de vierde ofwel door de derde. Er zou geen uitzondering mogen zijn. Met name de zin

---

<sup>342</sup> Sassòli, ‘The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law’, 101.

<sup>343</sup> K. Dörmann, ‘The Legal Situation of “Unlawful/Unprivileged Combatants”’, *International Review of the Red Cross* 849 (2003) 45-74, 45.

<sup>344</sup> Sassòli, ‘The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law’, 101.

<sup>345</sup> Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie. Te vinden op: ICRC, ‘Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949’ <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=3F78F96145A77442C12125CD0051B9F0> (3 september 2014).

‘nobody in enemy hands can be outside the law’ is krachtig. Iedereen dient een bepaalde status krijgen en iedereen heeft rechten, er zou dan ook nooit sprake mogen zijn van rechteloosheid.

*Protected civilians*, wat de status van de gevangenen in Guantánamo Bay zou zijn als zij inderdaad onder de Vierde Geneefse Conventie zouden vallen, mogen niet vastgehouden worden, met uitzondering van twee situaties. Allereerst onder binnenlandse wetgeving, als er zicht is op rechterlijke vervolging van criminele handelingen. Ten tweede omwille van veiligheidsredenen waarbij er de mogelijkheid moet zijn om bezwaar te maken. De behandeling van deze laatste categorie is vastgelegd aan strenge bepalingen die opgenomen zijn in de Vierde Conventie en waarin onder andere is opgenomen dat hun zaak elk half jaar opnieuw bekeken dient te worden.<sup>346</sup>

Daarnaast is er het feit dat de gevangenen verplaatst zijn naar Guantánamo Bay, ook dit is in strijd met de Conventie. *Combatants* die in handen vallen van het vijandelijke leger mogen, als zijnde *prisoners of war*, naar elke uithoek van de wereld verplaatst worden. Voor burgers is dit echter een ander verhaal. Als een burger, iemand die dus niet geclassificeerd is als strijder, opgepakt is in de strijd, is het niet toegestaan deze persoon te verplaatsen buiten het bezette gebied.<sup>347</sup> Het verplaatsen van gevangenen naar Guantánamo Bay valt in geen enkel opzicht te rijmen met de Conventie.

Door de U.S. Legal Advisor werd dat jaar erkend dat de unlawful combatants beschermd dienden te worden door de Vierde Geneefse Conventie, maar de Amerikaanse regering ondernam weinig actie om hier aan te voldoen.<sup>348</sup>

## Juridische invulling

Toch werden er in 2004 opvallend veel stappen genomen om het detentiecentrum een meer rechtmatig aanzien te geven. Deels was dit wellicht veroorzaakt door de grote kritiek die er was ontstaan op de wetteloosheid, maar de druk op de Amerikaanse regering werd eveneens vergroot door een tweetal oordelen van het Supreme Court.

---

<sup>346</sup> Sassòli, ‘The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law’, 104.

<sup>347</sup> Ibidem, 104.

<sup>348</sup> Ibidem, 104.



In 2004 verscheen er voor het eerst een gevangene uit Guantánamo Bay voor het Supreme Court. Hoewel de Amerikaanse regering eerder had geoordeeld dat *enemy combatants* geen recht hadden op juridische bijstand, besloot het Supreme Court in 2003 toch de zaak van een drietal gevangenen aan te nemen, ondanks bezwaar van de regering. Het ging hierbij om de zaak *Rasul v. Bush*. Het oordeel van deze zaak kwam in 2004 en hield in dat het Amerikaanse rechtssysteem de autoriteit had om te bepalen of niet-Amerikaanse burgers terecht of onterecht waren vastgehouden in Guantánamo Bay.<sup>349</sup> De gevangenen moesten de mogelijkheid hebben tot ‘Habeas Corpus’, wat inhield dat zij de legitimiteit van hun detentie moesten kunnen aanvechten. Zoals vermeld in eerdere hoofdstukken was eerder gesteld dat niet-Amerikaanse burgers hun zaak niet konden aanvechten bij een Amerikaans hof. Het Supreme Court dacht hier echter anders over. ‘United States courts have jurisdiction to consider challenges to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connection with hostilities and incarcerated at Guantánamo Bay.’<sup>350</sup> Hiermee werd een poging gedaan het beleid van *indefinite detention*, waarbij gevangenen werden vastgehouden zonder aanklacht en zonder enige vorm van proces, in te dammen.<sup>351</sup>

In de tweede zaak, *Hamdi v. Bush*, werd geoordeeld dat de gevangenen recht hadden op ‘due process’. De Due Process Clause staat omschreven in de Amerikaanse grondwet en houdt in dat de regering verplicht is de juridische rechten van de gevangene, ten tijde van een arrestatie, na te leven. Dit houdt in dat individuele mensenrechten moeten worden nageleefd, zoals eerlijke, respectvolle en ethische behandeling zonder geweld. Eveneens, en dat is wellicht het meest belangrijk in dit geval, beschrijft het dat de gevangene recht heeft op een eerlijk proces. Elk individu moest de mogelijkheid hebben tot het aanspannen van een rechtszaak en elk individu zou recht moeten hebben op juridische vertegenwoordiging. Ook op deze manier trachtte het Supreme Court de wetteloosheid die zo duidelijk aanwezig was in Guantánamo Bay in te perken.<sup>352</sup> Volgens één van de advocaten, Joe Margulies, was het doel van het Supreme Court dan ook het duidelijk maken dat geen enkel land het recht heeft gevangenen buiten de wet te plaatsen. ‘The court holds emphatically that though war powers

---

<sup>349</sup> Cornell University Law School, ‘RASUL V. BUSH (03-334) 542 U.S. 466 (2004) 321 F.3d 1134, reversed and remanded.’ (versie 10 oktober 2014), <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html/> (10 oktober 2014).

<sup>350</sup> Ibidem.

<sup>351</sup> Ibidem.

<sup>352</sup> Human Rights Watch, ‘US: Landmark Supreme Court Ruling on Detainees. Guantánamo Inmates Have Right to Challenge Detention’ (versie 13 juni 2008), <http://www.hrw.org/news/2008/06/12/us-landmark-supreme-court-ruling-detainees> (11 september 2014).

may give the US the right to seize people, it may not place them beyond the reach of legal process', zo stelde hij krachtig.<sup>353</sup>

### *Annual Review Boards*

Al vóór de uitspraak van het Supreme Court bekend was, werden er stappen ondernomen om de gang van zaken in Guantánamo Bay een meer wettig aanzien te geven. Zo werd er halverwege mei een briefing gegeven over de zogenaamde Annual Review Boards. 'The procedures will provide an annual review for each enemy combatant detained at Guantánamo. Each detainee will have an opportunity to appear before a review board and present his case for release, that he does not continue to pose a threat to the United States', zo werd er uitgelegd.<sup>354</sup> Hierbij werd benadrukt dat het niet ging om het aanvechten van de status van *enemy combatant*, aangezien al via verschillende procedures zou zijn vastgesteld dat de gevangene inderdaad een *enemy combatant* was.

...there's already been an elaborate process, starting on the battlefield at the moment of capture. It's a -- as I said, it's a great burden on the United States to take somebody into custody, transport them halfway across the world to Guantánamo, Cuba, keep them in custody in that facility. We don't want to do that for people who are not a threat to the United States. So we've already had procedures in place for what's now -- since hostilities began, to review and to determine whether a person is properly detained. These procedures assume that a person has properly been detained, and the only issue that is being addressed by these procedures is whether they are -- continue to be a threat to the United States.<sup>355</sup>

Het doel was dus niet het vaststellen dat de gevangene een *enemy combatant* was, dat zou immers al duidelijk zijn, maar het vaststellen dat deze *enemy combatant* nog steeds een bedreiging vormde voor de nationale veiligheid.

Wat duidelijk benadrukt werd, was dat de Review Boards geen juridische aangelegenheid waren, maar een administratieve. De gevangenen werden niet bijgestaan door

---

<sup>353</sup> J. Borger, 'Supreme court blow for Bush on Guantánamo. Right to challenge detentions is upheld by 6-3' (versie 29 juni 2004), <http://www.theguardian.com/world/2004/jun/29/Guantánamo.politpol> (30 september 2014).

<sup>354</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Final Administrative Review Procedures for Guantánamo Detainees' (18 mei 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3042> (13 september 2004).

<sup>355</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Final Administrative Review Procedures for Guantánamo Detainees' (18 mei 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3042> (13 september 2004).

advocaten, maar door officieren, die hen zou helpen in de voorbereiding. Daarnaast zou er een tweede officier zijn die alle informatie over de gevangene verzamelde en deze presenteerde aan het Review Board. Deze officier moest hierbij trachten een zo volledig mogelijk beeld te schetsen, waarbij hij zowel moest zoeken naar zaken die vóór de gevangene pleitten, als zaken die tegen hem pleitten. Ook kon familie gevraagd worden om een schriftelijke verklaring af te leggen. Het Review Board zou al het bewijsmateriaal evalueren en hier een conclusie aan verbinden. Deze conclusie kon zijn dat de gevangenen ofwel nog steeds een dreiging vormde voor de nationale veiligheid van de Verenigde Staten, ofwel dat dit niet langer het geval was. Dit laatste kon betekenen dat er stappen werden genomen om de gevangene vrij te laten uit Guantánamo Bay.<sup>356</sup>

Deze jaarlijkse evaluaties waren iets nieuws, zij hadden nooit eerder plaatsgevonden in Guantánamo of in een andere context. Tijdens de briefing werd dan ook duidelijk gemaakt dat de Amerikaanse regering niet verplicht was tot deze stappen.

It's important to put this in context. The review that's undertaken is not legally required. The status of these detainees has been determined: they are enemy combatants detained in the ongoing conflict. As a matter of policy, the department has adopted these procedures so as to not keep any detainee -- basically any detainee for whom the war is over, who is no longer a threat to the United States. We don't want to hold anyone longer than is necessary, and these procedures allow us -- the department an opportunity to review the case of each detainee individually annually to determine whether or not further detention is warranted.<sup>357</sup>

De oprichting van deze Review Boards leidde tot de nodige kritische vragen. Er ontstond met name veel discussie over de vraag hoe de gevangenen, die veelal al twee jaar achter tralies zaten met erg beperkt contact met de buitenwereld, bewijsmateriaal moesten verzamelen om aan te tonen dat zij niet langer een bedreiging vormde voor de veiligheid van de Verenigde Staten. In het verlengde daarvan was het de vraag hoe een gevangene überhaupt moest aantonen niet langer een dreiging te vormen. 'Well, it's -- any -- any factors that one could think of hypothetically -- conduct while in detention, information that's been provided, statements that other detainees have made about this particular detainee, any -- there's no

---

<sup>356</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Final Administrative Review Procedures for Guantánamo Detainees' (18 mei 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3042> (13 september 2004).

<sup>357</sup> Ibidem.

limitation onto the type of -- the type of evidence that the detainee under review could present', was het antwoord op deze vraag.<sup>358</sup>

De Amerikaanse regering gaf aan dat zij niet verplicht was tot het houden van evaluaties, aangezien ze onder de bestaande internationale oorlogswetgeving gelegitimeerd zou zijn strijders vast te houden totdat het conflict was beëindigd. Het feit dat zij nu besloot tot jaarlijkse evaluaties was enkel bedoeld om gevangenen niet langer dan nodig vast te houden. Het leek hiermee een extra service, waarmee de Amerikaanse regering moeite deed die verder ging dan gebruikelijk of verplicht was.

...if you start from the viewpoint of the criminal justice system, yes, these procedures are not as elaborate as those in the criminal justice system, but that's because this isn't criminal prosecution. It's not a matter of criminal prosecution; this is warfare. And if you compare these procedures to the baseline for warfare, the amount of process being provided here in terms of an opportunity to appear, notice to your home state, they can appear, they can get information from your family and present that information, you have someone to be your assistant, presenting information just on the question of whether you're a threat and should continue to be detained, not about any punishment for a charge or anything, it's much more process than is ever typically provided under the laws of war.<sup>359</sup>

Het principe van jaarlijkse evaluaties is niet terug te vinden binnen internationale verdragen. Het lijkt wellicht enigszins op de halfjaarlijkse evaluaties die in de Vierde Geneefse Conventie beschreven zijn, maar hier werd niet aan gerefereerd. Door de regering werden de Review Boards omschreven als een 'double-check', een extra controlemechanisme en een extra mogelijkheid om opnieuw vast te stellen dat de gevangene nog steeds met reden werd vastgehouden.<sup>360</sup> Het benadrukken van het feit dat het om een administratief, in plaats van een juridisch, proces ging leek met name te dienen als legitimatie voor het feit dat de Review Boards erg weinig weg hadden van een gedegen juridisch proces. De gevangene kreeg geen advocaat toegewezen, maar een militaire officier. Deze officier kon niet gezien worden als een belangenbehartiger van de betreffende gevangene, aangezien het zijn taak was alle informatie op tafel te brengen, ook die informatie die ongunstig was voor zijn cliënt. Er zou hierdoor geen sprake zijn van een vertrouwelijke band. De openheid van het proces was zeer

---

<sup>358</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Final Administrative Review Procedures for Guantánamo Detainees' (18 mei 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3042> (13 september 2004).

<sup>359</sup> Ibidem.

<sup>360</sup> Ibidem.

beperkt, een te grote transparantie zou de nationale veiligheid in gevaar kunnen brengen, waardoor het controleren van het eerlijke verloop ervan moeilijk was. Omdat het geen juridisch proces was, kon de gevangene geen aanspraak maken op bepaalde juridische rechten en was de procedure in feite aan weinig wettelijke regels verbonden.

Voor de gevangenen hadden de Review Boards vrij weinig voordelen. In vergelijking met een juridisch proces was het ongunstig. Op het moment dat geoordeeld werd dat de gevangene nog steeds een dreiging vormde, werd zijn detentie opnieuw met een jaar verlengd. Ook voor de Amerikaanse regering was het de vraag wat het nut was van de Review Boards. Zij waren wettelijk niet verplicht tot het houden van dit soort evaluaties en het kostte een hoop geld en manuren. De Review Boards leken dan ook met name te dienen als een manier om weerstand te bieden aan de groeiende kritiek op de wetteloosheid van Guantánamo Bay. Op deze manier kon er beargumenteerd worden dat de gevangenen wel degelijk een proces kregen, dat zij door een kundig panel beoordeeld waren als gevaarlijk voor de nationale veiligheid en dat zij niet op basis van willekeur werden vastgehouden, maar vanuit de noodzaak tot zelfbescherming. Het argument dat het hier om een administratief proces ging, in plaats van een juridisch proces, leek vervolgens te dienen als een excuus voor het gebrek aan rechten voor de gevangenen dat met dit proces gepaard ging.

### *Militaire commissies*

Naast de Annual Review Boards werden er in 2004 ook stappen genomen tot de implementatie van de militaire commissies, waarvoor in 2002 al een plan was opgesteld. Het doel hiervan was militaire vervolging van de gevangenen, het veroordelen van specifieke misdaden. Hierdoor zouden de gevangenen niet langer zonder proces worden vastgehouden, maar waren zij daadwerkelijk veroordeeld voor een specifiek vergrijp. In de Derde Geneefse Conventie is bepaald dat oorlogsgevangenen dienen te verschijnen voor een krijgsraad, een militaire rechtbank. Als het in het land waar de gevangenen worden vastgehouden wettelijk is toegestaan de gevangenen te vervolgen middels een civiele rechtszaak is dat de tweede optie. Bij uitzondering zijn er militaire tribunaal opgericht, belast met de berechting van gevangenen uit een specifiek conflict. Voorbeelden hiervan zijn het Joegoslavië-tribunaal en het Rwanda-tribunaal.

Majoor-generaal John Altenburg was verantwoordelijk voor de implementatie van de commissies en verklaarde dat zij zoveel mogelijk dezelfde standaard aanhielden als

gebruikelijk was bij een normale rechtsgang. Zo gold voor de gevangene de onschuldpresumptie, wat betekent dat de gevangene onschuldig is tot het tegendeel bewezen is, en moest de Amerikaanse overheid sluitend bewijsmateriaal aandienen dat wettelijk en competent was. Daarnaast kreeg de gevangene verdediging toegewezen, al kon hij op eigen kosten eveneens een advocaat in de arm nemen. ‘And so those are the reasons that we believe that we will have a full and fair trial for each accused’, verklaarde Altenburg in augustus.<sup>361</sup>

Hoewel Altenburg de commissies verschillende malen vergeleek met de processen van na de Tweede Wereldoorlog, gaat deze gelijkenis niet helemaal op. De meeste processen die plaatsvonden na de Tweede Wereldoorlog waren onderdeel van een militair tribunaal, niet van een militaire commissie. Door een vergelijking met het verleden te trekken leek het alsof militaire commissies pasten binnen een lange traditie van oorlogvoering, wat in feite niet het geval was. Krijgsgevangenen, ofwel POWs, dienen normaal gesproken te verschijnen voor een krijgsraad, een militaire rechtbank. In sommige gevallen is hiervan afgeweken door het instellen van een competent militair tribunaal, eveneens beschreven in de Geneefse Conventies. Militaire commissies vormen echter een nieuwe categorie, die niet eerder te zien is geweest. Het was een nieuw fenomeen en had geen historische voorganger. Ook was het niet beschreven in de bestaande verdragen, waardoor het opnieuw een proces was waarvan de Amerikaanse regering zelf de regels had opgesteld.

De legitimatie voor deze afwijkende manier van berechten werd gezocht in het feit dat de gevangenen niet omschreven werden als POWs. De Derde Geneefse Conventie, waarin de tribunalen omschreven stonden, was immers van toepassing op POWs. Aangezien het hier niet ging om gevangenen met een POW-status, waren de tribunalen uit de Derde Conventie niet van toepassing, zo luidde de redenatie van de regering. Altenburg verdedigde de gang van zaken met het argument dat militaire commissies het best toegerust waren voor deze situatie. Een militaire commissie was volgens hem enkel gericht op het berechten van oorlogsmisdaden, waardoor zij de meeste expertise en ervaring zouden hebben. Krijgsraden zouden volgens Altenburg meer gericht zijn op misdrijven en militaire vergijpen, waardoor zij zich met name bezig hielden met disciplinaire maatregelen en minder geschikt zouden zijn voor dit soort toepassingen.<sup>362</sup>

---

<sup>361</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Defense Department Briefing on Military Commission Hearings’ (versie 17 augustus 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2648> (30 september 2004).

<sup>362</sup> Ibidem.

Hoewel hij de militaire commissies omschreef als een logische keuze, werd er internationaal veel minder positief gereageerd op de plannen. Hiervoor waren verschillende redenen, maar bijna allemaal hadden ze te maken met de eerlijkheid van het proces.

In de Verenigde Staten is de procesgang voor krijgsraden vastgelegd in de zogenaamde Uniform Code of Military Justice.<sup>363</sup> Dit vormt de basis voor de militaire rechtsgang. Militaire commissies hebben echter geen eigen wettelijke regels. In voorgaande oorlogen waarbij tribunalen werden toegepast door de Verenigde Staten werden grotendeels de heersende normen van het militaire systeem nageleefd. Dit zijn de normen die beschreven zijn in de Uniform Code of Military Justice.<sup>364</sup> In de commissies die nu door de regering Bush werden opgezet werden deze heersende normen echter grotendeels aan de kant geschoven. Met name het principe van *due process*, wat de regering verplicht de rechten van de gevangene te respecteren, zou niet terug te zien zijn. Hierdoor zouden de gevangenen te weinig beschermd zijn tegen een oneerlijke rechtsgang.<sup>365</sup> Veel critici waren van mening dat de procedure in ieder geval gedeeltelijk overeen moest komen met de grondwettelijke bepalingen.

Daarnaast was er veel kritiek op de grote concentratie van macht. Volgens de regering had de president, als Commander in Chief, het recht om militaire commissies op te zetten zonder enige inspraak van het Congres. Ook zou de president de misdaad definiëren, de regels voor het proces opstellen en de rechters, jury en panels samenstellen.<sup>366</sup> Deze concentratie van macht zou een eerlijke procesgang in de weg staan.

Een ander juridisch kritiekpunt had te maken met de categorisering van de gevangenen. Op het moment dat zij geschaard zouden worden onder de Vierde Geneefse Conventie, zou dat betekenen dat het in feite om burgers ging. De militaire commissies waren echter een onderdeel van de militaire rechtsgang. Dit hield in dat burgers terecht zouden staan binnen militaire structuur, een beslissing die niet onomstreden was.

---

<sup>363</sup> De *United States Code of Military Justice* reguleert de militaire rechtsgang en is terug te vinden op: <http://www.ucmj.us/>.

<sup>364</sup> T. Golden, 'After Terror, a Secret Rewriting of Military Law' (versie 24 oktober 2004), <http://www.kuwaitifreedom.org/media/pdf/After%20Terror%20a%20Secret%20Re%20writing%20of%20Military%20Law.pdf> (11 september 2014).

<sup>365</sup> S. Silliman, 'On Military Commissions', *Case Western Reserve Journal of International Law* 36 (2004) 529-540, 529.

<sup>366</sup> T. Golden, 'After Terror, a Secret Rewriting of Military Law' (versie 24 oktober 2004), <http://www.kuwaitifreedom.org/media/pdf/After%20Terror%20a%20Secret%20Re%20writing%20of%20Military%20Law.pdf> (11 september 2014).

## *Combatant Status Review Tribunals*

Op 7 juli werd in een briefing op het Pentagon aangekondigd dat zij over zouden gaan tot het opzetten van de zogenaamde Combatant Status Review Tribunals (CSRTs). Deze tribunalen dienen niet verward te worden met de Annual Review Boards. Het ging bij de CSRTs om een eenmalig proces, waarin bepaald werd of de status van *enemy combatant* correct was toegekend. De gevangene kreeg hiermee de mogelijkheid zijn status aan te vechten.

Het opzetten van deze tribunalen was een directe reactie op het oordeel van het Supreme Court in de zaken Hamdi v. Rumsfeld en Rasul v. Bush eind juni. Hierin werd bepaald dat de Amerikaanse regering het recht had *enemy combatants* vast te houden, maar dat de gevangenen recht hadden op *due process* en dat zij hun status als *enemy combatant* moesten kunnen aanvechten voor een onpartijdige autoriteit.

In de uitspraak die volgde op de zaak Hamdi v. Rumsfeld oordeelde rechter Sandra Day O'Connor dat de gevangenen hun status als *enemy combatant* moesten kunnen aanvechten voor een competent tribunaal. Zij gaf aan dat de bestaande militaire wetgeving mogelijkheid bood om hieraan invulling te geven.

There remains the possibility that the standards we have articulated could be met by an appropriately authorized and properly constituted military tribunal. Indeed, it is notable that military regulations already provide for such process in related instances, dictating that tribunals be made available to determine the status of enemy detainees who assert prisoner-of-war status under the Geneva Convention. See Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees, Army Regulation 190—8, §1—6 (1997).<sup>367</sup>

In feite hield het oordeel van het Supreme Court echter in dat Artikel 5 van de Derde Geneefse Conventie nageleefd diende te worden. Dit artikel beschrijft dat elke gevangene de POW-status dient te krijgen tot een competent tribunaal anders bepaalt. Binnen de militaire wetgeving van de Verenigde Staten is Artikel 5 vormgegeven met de zogenaamde Army Regulation 190-8. Hierin staat beschreven hoe een militair tribunaal eruit moet zien en wat de doelstelling dient te zijn. Dit is de wetgeving waar O'Connor op doelde toen zij beargumenteerde dat de bestaande wetgeving geschikt was voor toepassing op gevangenen in Guantánamo Bay.

---

<sup>367</sup> Cornell University Law School, 'RASUL V. BUSH (03-334) 542 U.S. 466 (2004) 321 F.3d 1134, reversed and remanded.' (versie 10 oktober 2014), <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html/> (10 oktober 2014).



De Amerikaanse regering koos echter een andere richting. In plaats van de tribunalen op te zetten die de Army Regulation 190-8 voorschreef, ging zij over tot het opzetten van de CSRTs. Hoewel deze tribunalen vergelijkbaar zijn met de 190-8 tribunalen, zijn er ook een aantal verschillen. Ten eerste werd er bij de CSRTs uitgegaan van een bepaald vermoeden dat weerlegd moest worden, namelijk de status als *enemy combatant*. Dit is een groot verschil met de Army Regulation 190-8, waar er geen voorafgaande aanname is en het enkel de bedoeling is de gevangene te plaatsen binnen een passende categorie.

Daarnaast kijken de CSRTs slechts naar één categorie: *enemy combatants*. Hierdoor is de uitkomst ofwel dat de gevangene een *enemy combatant* is, wat betekent dat hij vastgehouden zal worden, ofwel dat hij dat niet is, wat vrijlating tot gevolg zal hebben. Bij de Army Regulation 190-8 is er de mogelijkheid tot meerdere categorieën waarin de gevangene geplaatst kan worden.<sup>368</sup>

De Amerikaanse regering nam het standpunt in dat de CSRTs voldeden aan Artikel 5 van de Geneefse Conventie. Zij gaven aan dat het wellicht een variatie was, maar dat dit enkel een extra service was, een uitbreiding die gunstig was voor de gevangenen. ‘The process we’re using will be the Army Regulation 190-8, which is the regulation referred to by the Supreme Court. But it will be enhanced. We will go beyond that, because we will have a personal representative for the detainee if the detainee so chooses’, zo sprak Gordon England, belast met de implementatie van de tribunalen.<sup>369</sup> Het feit dat de gevangenen een persoonlijke vertegenwoordiger kregen was een verschil met de Army Regulation 190-8, waarin dit niet was opgenomen. Senator Lindsey Graham noemde de CSRTs “Article 5 tribunals on steroids”.<sup>370</sup>

Dit was echter een visie die niet door iedereen gedeeld werd. Er kwam veel kritiek op de CSRTs. Hoewel de Amerikaanse regering van mening was dat zij hiermee Artikel 5 naleefden, werd dit door critici hevig betwist. Het meest in het oog springende verschil is dat de tribunalen die beschreven staan in de Army Regulation 190-8 als doel hebben te bepalen of een gevangene correct geclassificeerd is als POW, terwijl de CSRTs als doel hebben te bepalen of de gevangene correct geclassificeerd is als *enemy combatant*. Critici waren van mening dat de CSRTs hierdoor niet beschouwd konden worden als een competent tribunaal

---

<sup>368</sup> R. Peal, ‘Combatant Status Review Tribunals and the Unique Nature of the War on Terror’, *Vanderbilt Law Review* 58 (2005) 1629-1670, 1653.

<sup>369</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary of the Navy England Briefing on Combatant Status Review Tribunal’ (versie 9 juli 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2777> (15 september 2014).

<sup>370</sup> J. Blocher, ‘The Guantánamo Three-Step’ (versie 4 juli 2007), <http://www.yalelawjournal.org/forum/the-Guantánamo-three-step> (16 september 2014).

dat de POW-status kon weigeren. Het oordeel dat de gevangene correct geclassificeerd was als *enemy combatant* werd als gelijk gezien aan het oordeel dat de gevangene niet geclassificeerd kon worden als POW, een conclusie die niet onbetwist bleef.

In het artikel ‘Combatant Status Review Tribunals: Flawed Answers to the Wrong Question’ beschreef Joseph Blocher dat de brede definitie van het begrip *enemy combatant* moeilijkheden in de hand werkte.<sup>371</sup> Zo zouden er gevangenen als *enemy combatant* geclassificeerd kunnen worden die duidelijk ook onder de Vierde Geneefse Conventie zouden vallen. ‘Given the substantial overlap between the definitions of “enemy combatant” and “POW,” a CSRTs affirmative enemy combatant determination actually supports a detainee’s POW status. Thus, even after their enemy combatant status has been adjudicated by the CSRTs, Guantánamo detainees should still be treated as presumptive POWs.’<sup>372</sup> Het feit dat een gevangene geclassificeerd was als *enemy combatant* betekende daarom niet per definitie dat die persoon geen recht had op de POW-status. De grote overlap tussen de twee begrippen bracht voor de gevangene een dilemma met zich mee.

If a detainee treated the tribunal as an Article 5 proceeding and tried to establish POW status—by demonstrating membership in the Taliban armed forces, for example—he would simultaneously prove himself to be an “individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces” and thus an enemy combatant, which, the government would argue, precluded POW status. Conversely, if a detainee treated the tribunal as a CSRT and tried to avoid the enemy combatant label—by denying involvement with the Taliban, for example—he would simultaneously give up the chance to establish POW status as a member of a hostile armed force. In effect, the only way out of the dilemma would be to deny any involvement with the Taliban or al Qaeda, even though membership in the former would entitle the detainee to POW status under both Article 4 and the Bush Administration’s own public statements.<sup>373</sup>

Volgens Blocher lag de oplossing in het ontwarren van de begrippen ‘*enemy combatant*’ en ‘*prisoner of war*’. Als de Amerikaanse regering daadwerkelijk de Geneefse Conventie wilde na leven, diende zij tribunalen op te stellen die als doelstelling hadden te bepalen of de

---

<sup>371</sup> J. Blocher, ‘Combatant Status Review Tribunals: Flawed Answers to the Wrong Question’, *Yale Law Journal* 116 (2006) 667-674, 667.

<sup>372</sup> Blocher, ‘s: Flawed Answers to the Wrong Question’, 667.

<sup>373</sup> *Ibidem*, 670.

gevangenen recht hadden op een POW-status, niet of zij terecht geclassificeerd waren als *enemy combatant*.<sup>374</sup>

Buiten het feit dat de tribunalen niet voldoen aan hetgeen waar de Geneefse Conventie om vraagt, komt het eveneens niet overeen met de historische traditie van de Verenigde Staten. De CSRTs zijn ook binnen de geschiedenis een afwijking van de normale gang van zaken. In het verleden is te zien hoe de Verenigde Staten steeds weer de Army Regulation 190-8 hebben nageleefd. Tijdens de Vietnamoorlog werden er 190-8 tribunalen opgezet om voor elke afzonderlijke Vietcong-strijder te bepalen of hij geclassificeerd kon worden als POW. In overeenkomst met de Geneefse Conventies werden de strijders geclassificeerd als POWs tot een competent tribunaal anders had bepaald. Ook in Grenada en tijdens de Golfoorlog werden de tribunalen gebruikt om vast te stellen of de POW-status van toepassing was.<sup>375</sup>

Hoewel de uitspraken van het Supreme Court alom gezien werden als een manier om de Amerikaanse regering ertoe aan te zetten de Geneefse Conventie in acht te nemen, sprak de Amerikaanse regering dit tegen. Volgens hen waren de CSRTs niet een interpretatie van Artikel 5 van de Geneefse Conventie, maar een mogelijkheid tot habeas corpus. De gevangenen moesten in staat worden gesteld hun status als *enemy combatant* aan te vechten en dat is wat zij nu aangeboden kregen. Hun gebrek aan POW-status stond dan ook niet ter discussie. ‘...giving them POW status under Geneva would have required a number of things, technically speaking: if you want to follow the letter of the law under Geneva, like providing them with sports equipment and scientific instruments and tobacco rations and lots of other things that do not seem like a rational idea in dealing with unlawful combatants who are terrorists, who violate the laws of war, and have not qualified and do not deserve the protections of the Geneva Convention.’<sup>376</sup> Volgens de woordvoerder hebben de oordelen van het Supreme Court niets aan dit standpunt veranderd. ‘...that was a decision that was legitimate at the time and it's legitimate still.’<sup>377</sup>

In 2004 werden er al met al een groot aantal stappen ondernomen die het detentiecentrum ogenschijnlijk een meer juridische invulling leken te geven. Opvallend is echter dat, hoewel er met veel juridische termen werd gesmeten, er steeds weer benadrukt werd dat het om administratieve maatregelen ging, niet om juridische. Dit fungeerde met

---

<sup>374</sup> Blocher, ‘Combatant Status Review Tribunals: Flawed Answers to the Wrong Question’, 674.

<sup>375</sup> Ibidem, 669.

<sup>376</sup> U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Defense Department Background Briefing on the Combatant Status Review Tribunal’ (versie 7 juli 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2751> (16 september 2014).

<sup>377</sup> Ibidem.

name als excuus voor het afwijken van de bestaande normen en voor het inslaan van nieuwe wegen. Want hoewel er getracht werd het geheel een meer wettelijk aanzien te geven, werd steeds meer duidelijk hoe ver de maatregelen die getroffen werden verwijderd waren van de normale gang van zaken. Dit gold zowel voor de militaire commissies als voor de CSRTs. Beiden werden door de Amerikaanse regering geplaatst in een lange historische traditie, maar passen hier bij nader onderzoek slecht tussen. De militaire commissies weken af van de Uniform Code of Military Justice en waren niet eerder op deze schaal toegepast. Ook de CSRTs kwamen niet overeen met eerdere tribunalen en werden door critici beschouwd als dubieus.

Alle stappen die genomen werden hingen samen met de categorisering van de gevangenen onder de Geneefse Conventie. Want hoewel het leek alsof de gevangenen aanspraak konden maken op meer rechten, werd hen nog steeds angstvallig elke bescherming van de Conventie onthouden.

## **Analyse**

The current Bush government has indeed formulated a policy of exceptionalism, claiming the right of the US, as a sovereign God-given Christian nation, to exempt itself from the same laws that govern the conduct of other nations, but this policy is closer to the government's own definition of a rogue state than it is to a model democracy.

Het jaar 2004 was moeilijk en turbulent voor de Amerikaanse regering. Voor het analyseren van de legitimatie is het belangrijk onderscheid te maken tussen een aantal zaken. De mishandeling die plaatsvonden in Abu Ghraib waren namelijk meer dan enkel een schending van de Geneefse Conventie. Hoewel de Amerikaanse regering bleef ontkennen dat het hier om marteling ging, zijn de meningen daar behoorlijk over verdeeld. Marteling is niet enkel strafbaar volgens de Geneefse Conventie, maar volgens een scala aan internationale verdragen, het zou een duidelijke overtreding zijn van internationale normen. De discussie of er sprake is geweest van marteling is interessant, maar dient op zichzelf beschouwd te

worden. Hoewel de Amerikaanse regering de gebeurtenissen in Abu Ghraib wellicht gebagatelliseerd heeft, is er niet getracht de mishandelingen te legitimeren.

Abu Ghraib werd door de regering Bush omschreven als een exces, als een wandaad van een paar rotte appels. Toen in juni 2004 het Bybee Memorandum uitlekte, kwamen de mishandelingen echter in een ander daglicht te staan. In het document was te lezen hoe Rumsfeld verregaande verhoortechnieken goedkeurde, een groot aantal terug te zien op de foto's van Abu Ghraib. Daarnaast bleek uit de documenten dat er een nieuwe, erg nauwe, definitie was gegeven aan het begrip 'marteling', waardoor handelingen die eerder strafbaar zouden zijn omdat zij gezien werden als marteling, nu omschreven werden als legitiem.

Verschillende onderzoeken omschreven het vermoeden dat overheidsbeleid een belangrijke rol had gespeeld in het ontstaan van de mishandelingen. Daarnaast toonden zij aan dat het hier een structureel probleem betrof en dat de mishandelingen wijdverspreid waren. De oorzaak was met name te vinden in de nauwe samenwerking tussen ondervragers en bewakers. Bewakers speelden een belangrijke rol in het zogenaamde 'softening-up' van gevangenen, waardoor zij makkelijker informatie zouden vrijgeven tijdens verhoorsessies.

Door deze onderzoeken ontstond er opnieuw een verhoogde interesse in het detentiecentrum in Guantánamo Bay. Daar waar kritische stemmen eerder gesust werden met het benadrukken van de Amerikaanse aard, leek die geruststelling nu niet meer te werken. Het ICRC bevestigde de angstige vermoedens toen zij concludeerde dat de behandeling van gevangenen in het detentiecentrum in Cuba gelijkstond aan marteling. De Amerikaanse regering heeft nooit erkend dat er marteling heeft plaatsgevonden in Guantánamo Bay, toch heeft zij een aantal stappen genomen die een legitimatie vereisten, aangezien inmiddels duidelijk was dat overheidsbeleid een belangrijke rol had gespeeld in het ontstaan van deze wandaden.

Binnen een liberale democratie is het oogluikend toestaan van mishandeling, laat staan marteling, ondenkbaar. '... it's practice cannot be publicly recognized without undermining both the democratic and liberal components of liberal democracy', zo schrijft Steven Lukes in zijn artikel 'Liberal Democratic Torture'.<sup>378</sup> Toch is marteling binnen liberale democratieën geen ongezien fenomeen. Tijdens vele oorlogen is er sprake geweest van marteling door soldaten. Het verschil met eerdere situaties is echter dat de overheid in dit geval aanmoedigende omstandigheden creëerde. Volgens Lukes zijn er twee manieren om om te gaan met zogenaamde 'dirty hands'; ten eerste het ontkennen dat er sprake is van een dilemma, ten

---

<sup>378</sup> S. Lukes, 'Liberal Democratic Torture', *British Journal of Political Science* 36 (2006) 1-16, 1.

tweede het zijn van ‘meedogenloos consequentialistisch’.<sup>379</sup> Beiden zijn terug te zien in de opstelling van de Verenigde Staten. Het ontkennen dat er sprake was van een dilemma was terug te zien in het oprekken van de definitie van marteling. Hierdoor werden handelingen die eerder beschouwd werden als marteling, ineens toelaatbaar. Het dilemma werd op deze manier uit de weg geruimd, aangezien de handelingen niet langer als marteling omschreven werden. Ook de tweede manier was terug te zien. Wat moreel gezien juist is, is datgene dat nodig is om de beste uitkomst te krijgen nadat alle opties tegen elkaar zijn afgewogen, ‘wat moet dat moet’. Dat is de beschrijving die Lukes geeft voor de term ‘meedogenloos consequentialistisch’.<sup>380</sup> Simpel gezegd houdt dit in dat noodzaak wet breekt. Hierbij geeft Lukes aan dat het breken van deze wetten vaak gepaard gaat met een retorische verbuiging van de werkelijkheid, waardoor de handeling die begaan wordt niet beschreven wordt als fout. Een land wordt niet ‘bezet’, maar ‘bevrijd’, gevangenen worden niet daadwerkelijk gemarteld, maar tijdens verhoorsessies wordt marteling ‘gesimuleerd’. De handeling is hetzelfde, enkel de retorische invulling verschilt.

Het goedkeuren van de Categorie III technieken, die werden gebruikt tijdens verhoorsessies, werd door Rumsfeld gelegitimeerd door aan te geven dat het een uiterste redmiddel was. Het zou bedoeld zijn voor slechts enkele terroristen, waarvan bekend was dat zij informatie hadden en die getraind waren in het weerstaan van ondervragingstechnieken. Uiteraard zou het loskrijgen van deze informatie noodzakelijk zijn voor de nationale veiligheid.

Het idee dat dit soort technieken toelaatbaar zijn in uitzonderingssituaties is niet in overeenstemming met internationale verdragen. ‘Het verbod op foltering, onmenselijke en wrede behandeling behoort tot de niet-derogeerbare rechten. Dit betekent dat zelfs in de meest moeilijke omstandigheden, zoals de strijd tegen terrorisme of de georganiseerde misdaad, geen ruimte is voor uitzondering’, zo geeft George Dimitriu aan in zijn artikel ‘Ongeoorloofde Pressiemiddelen tijdens Ondervraging in Extreme Situaties: Moraliteit, Effectiviteit en Efficiëntie’.<sup>381</sup>

Door Rumsfeld werd daarnaast bepleit dat de Categorie III technieken slechts zes weken goedgekeurd waren, daarna zou de goedkeuring zijn ingetrokken. Het toestaan van dit soort technieken betekent echter het oprekken van grenzen, ook als deze methoden later een halt toegeroepen zijn. Uit de onderzoeken bleek dat er verwarring ontstond over welke

---

<sup>379</sup> Lukes, ‘Liberal Democratic Torture’, 5.

<sup>380</sup> Lukes, ‘Liberal Democratic Torture’, 5.

<sup>381</sup> Dimitriu, ‘Ongeoorloofde pressiemiddelen tijdens ondervraging in extreme situaties’, 277.

technieken toelaatbaar waren en welke niet, een direct gevolg van de beslissingen die Rumsfeld had genomen. Deze onduidelijkheid had nooit mogen ontstaan. De grenzen hadden duidelijk moeten zijn en het personeel ter plekke had doordrongen moeten zijn van de strafbaarheid bij het overtreden ervan. Het feit dat er in groten getale foto's waren gemaakt die vrijelijk op de basis, en deels daarbuiten, circuleerden, liet zien dat dit absoluut niet het geval was. Dit is een groot falen van het militaire systeem en een direct gevolg van het oprekken van de grenzen door overheidsbeleid.

Het belangrijkste punt dat aan het licht kwam door het schandaal in Abu Ghraib was echter dat, ondanks de belofte die de Amerikaanse regering had gedaan, de Geneefse Conventies niet werden nageleefd. Opnieuw werd de legitimatie hiervoor gezocht binnen de Geneefse Conventies zelf. Het zou geen schending zijn van de Geneefse Conventies, omdat de gevangenen in een categorie zouden vallen die geen bescherming genoot van de Geneefse Conventies. Vanaf het begin werd er gesteld dat de Derde Geneefse Conventie enkel bescherming bood aan *lawful enemy combatants*, niet aan *unlawful enemy combatants*. Dit onderscheid zou ervoor zorgen dat correct gedrag beloond werd en incorrect gedrag afgestraft. Dit is een interpretatie die weinig steun geniet en niet eerder gehoord was. De algemene interpretatie is dat de categorieën zijn opgesteld om onderscheid te maken tussen burgers en strijders, met als doel te voorkomen dat burgers bij conflicten betrokken raken. Op het moment dat de Derde Geneefse Conventie niet van toepassing is, zou dit betekenen dat het een burger betreft en dat de Vierde Geneefse Conventie van toepassing is. Ook de Vierde Geneefse Conventie verscheen in 2004 als legitimatie. De gevangenen zouden onder Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie vallen, aangezien het zou gaan om zogenaamde 'security internees'. Dit zou betekenen dat de Amerikaanse regering het recht had de gevangenen vast te houden voor onbepaalde tijd en hen bepaalde rechten te ontfangen. Hoewel dit wellicht het vasthouden van gevangenen voor onbepaalde tijd legitimeert, roept ook Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie op tot het naleven van opgestelde rechten. Enkel de rechten die een gevaar op kunnen leveren voor de nationale veiligheid mogen onthouden worden.

Het scharen van de gevangenen onder de Vierde Geneefse Conventie is niet onlogisch, maar strookt niet goed met de verdere juridische processen die opgezet zijn. Het Supreme Court deed in 2004 een aantal belangrijke uitspraken, die de Amerikaanse regering ertoe aanzette maatregelen te ondernemen om de wetteloosheid van het detentiecentrum tegen te gaan. Zo werd er overgegaan tot militaire commissies om te gevangenen te berechten. De Vierde Geneefse Conventie is echter van toepassing op burgers in oorlogstijd. De gevangenen werden dus gecategoriseerd als burgers, maar voorgeleid voor een militair tribunaal. Het

berechten van burgers, mensen die niet binnen de militaire structuur vallen, middels een militair tribunaal is een omstreden beslissing.

Ook de CSRTs, waarin de gevangenen de mogelijkheid kregen hun status aan te vechten, riepen aardig wat discussie op, met name omdat het opnieuw een afwijking was van de normale gang van zaken. In de Geneefse Conventie is bepaald dat gevangenen de mogelijkheid moeten hebben hun status aan te vechten. Dit artikel is binnen de Amerikaanse militaire wetgeving ingevuld met de Army Regulation 190-8, waarin beschreven staat hoe een militair tribunaal eruit zou moeten zien. Met de CSRTs werd er echter opnieuw een nieuwe weg ingeslagen. Zowel de doelstelling als het beleid verschilde van de 190-8 tribunaal.

In feite komt het erop neer dat het oordeel van het Supreme Court moeilijk afdwingbaar was. Hoewel er opgeroepen werd tot het implementeren van competente tribunaal zoals beschreven in de Army Regulation 190-8, hebben de Verenigde Staten zich hier onderuit gewerkt door een eigen constructie op te zetten die zo min mogelijk rechten garandeerde voor de gevangenen. De juridische invulling lijkt hiermee een wassen neus, opgezet om weerstand te bieden aan de kritiek die er nationaal, maar met name ook internationaal, ontstond. De kritiek dat de procedures niet voldeden aan de wettelijke standaard, werd te lijf gegaan met het argument dat het niet de doelstelling was een juridisch proces op te zetten, maar een administratief proces. Dit vormde een legitimatie om niet te voldoen aan de gestelde regels. In feite was het niet voldoen aan deze regels een schending van internationale verdragen, dat het vervolgens een administratief proces werd genoemd deed hier niet aan af. Het liet enkel zien dat het niet de intentie was van de Amerikaanse regering om te voldoen aan de Geneefse Conventie.

Het jaar 2004 was een jaar van retorisch hang- en vliegwerk. Het imago van de Verenigde Staten liep een flinke deuk op, wat zijn effect had op de legitimatie van Guantánamo Bay. Daar waar de Amerikaanse regering zich eerst nog beriep op haar imago als voorstander van de 'rule of law', werd dat nu steeds ingewikkelder. Om dit tegen te gaan werd er een wirwar van 'administratieve' processen opgezet, bedoeld om de detentie op Guantánamo Bay legitiem te doen lijken. Ontkenning en verdraaiing waren de middelen die het meest werden toegepast. De discussie was ingewikkeld en op sommige punten amper volgbaar, soms wellicht opzettelijk. Hoewel het leek alsof dit jaar de meeste stappen werden genomen om de wetteloosheid in te vullen, was het effect juist dat het pijnlijk duidelijk werd dat de Verenigde Staten niet van plan waren zich te laten dwingen tot het naleven van de Geneefse Conventie.



# Een concluderende analyse

---

Morality is about choice, and meaningful choice varies with the conditions of survival. The greater the threats to survival, the less room for moral choice.<sup>382</sup>

## Het jaar 2002

De beslissing tot het vestigen van een detentiecentrum in Guantánamo Bay is nooit onomstreden geweest. Toen dit in 2002 werd aangekondigd ontstond er de nodige kritiek. Het feit dat de gevangenen verplaatst werden naar Cuba, wat een aardig eind buiten het strijdveld lag, zorgde voor verontwaardiging. De beslissing vroeg direct om een legitimatie. Door de Amerikaanse regering werd gesteld dat de gevangenen zo uitzonderlijk gevaarlijk waren, dat een 'normale' gevangenis voor hen niet afdoende was. De kritiek werd enkel groter toen bleek dat de gevangenen niet alleen verplaatst werden naar Cuba, maar eveneens niet konden rekenen op een POW-status. Dit betekende in feite dat de gevangenen op geen enkele manier beschermd waren door internationale verdragen. Zij bevonden zich zonder rechten in een wetteloos gebied.

Deze gang van zaken was ongebruikelijk en onverwacht. Op het internationale toneel is het niet gangbaar dat gevangenen geheel zonder rechten zijn. De norm is dat mensen te allen tijde kunnen rekenen op de minimale bescherming van internationale afspraken. Deze norm is vastgelegd in de Geneefse Conventies. Het feit dat de Geneefse Conventies enorm breed gedragen zijn laat zien dat zij een sterke internationale norm vormen, waarmee het niet slechts een juridische verhandeling is, maar een internationale gedragscode. Buiten het feit dat het een afwijking was van bestaande internationale normen, was het eveneens een afwijking van de Amerikaanse historische traditie. In eerdere conflicten hadden de Verenigde Staten de Geneefse Conventies nageleefd door gevangenen een POW-status te geven en hen als dusdanig te behandelen. Het feit dat dit in 2002 niet gebeurde riep dan ook aardig wat verontwaardiging en verwarring op, met name internationaal.

---

<sup>382</sup>J. Nye, *Understanding International Conflicts. An Introduction to Theory and History* (New York 2009), 25.

## De legitimatie in 2002

Met de ingebruikname van het detentiecentrum in Guantánamo Bay en de weigering van een POW-status voor de gevangenen aldaar week de regering Bush in grote mate af van de internationale afspraken die gemaakt waren middels de Geneefse Conventies. Om deze afwijking te legitimeren werd er gebruik gemaakt van verschillende argumenten, waarbij een drietal thema's leidend was.

Allereerst was daar het juridische argument. Dit argument had verschillende lagen en werd op verschillende manieren ingezet. Het kwam voor het eerst ter sprake toen de keuze werd gemaakt de gevangenen in Guantánamo Bay niet te voorzien van een POW-status, wat een afwijking was van de Derde Geneefse Conventie. Dit was een opvallende beslissing, aangezien dit zowel een juridische als een historische afwijking van de gebruikelijke gang van zaken was. De Amerikaanse regering bepleitte dat de Derde Geneefse Conventie onderscheid maakt tussen zogenaamde *lawful* en *unlawful* combatants, rechtmatige en onrechtmatige strijders. Enkel rechtmatige strijders zouden aanspraak kunnen maken op een POW-status. Volgens de regering stonden de criteria voor rechtmatige strijders duidelijk omschreven zijn in de Derde Geneefse Conventie. Zo zouden de strijders deel uit moeten maken van een militaire structuur, zouden zij hun wapens en uniformen openlijk moeten dragen en zouden zij moeten behoren tot een staatsleger. De strijders die in Guantánamo Bay werden vastgehouden voldeden helaas niet aan die eisen, waardoor zij geen recht hadden op een POW-status. Het niet toekennen van de POW-status zou een simpele juridische gevolgtrekking zijn, een onvermijdelijke conclusie die berust op de criteria van de Geneefse Conventie zelf.

Door de regering Bush werd gesteld dat het onwenselijk en wellicht gevaarlijk zou zijn de Geneefse Conventie tegen beter weten in toe te passen op deze strijd, waarmee zij doelden op het toekennen van een POW-status. Het zou oneerlijke oorlogvoering in de hand kunnen werken en kunnen leiden tot erosie van de gemaakte afspraken. In werkelijkheid was de situatie minder ingewikkeld en complex dan werd voorgedaan. Want hoewel de situatie wellicht niet geheel overeenkwam met hetgeen in de Geneefse Conventie omschreven stond, had de regering te allen tijde de keuze de Conventie toe te passen en de gevangenen de bescherming te geven die hierin beschreven staat, er was geen enkel obstakel dat hen hierin belemmerde. Dit zou, zowel juridisch als historisch gezien, de meest logische keuze zijn geweest. Het niet toekennen van een POW-status en de verplaatsing naar Guantánamo Bay

waren beslissingen die voort waren gekomen uit een welbewuste politieke overweging, met als doel de mogelijkheid te hebben de gevangenen te verhoren zonder daarbij strafbaar te zijn. Het toekennen van een POW-status zou de Amerikaanse regering hebben gehinderd in haar zoektocht naar *intelligence*, aangezien het duidelijk regels zou hebben gesteld aan de behandeling van de gevangenen. Dit was een consequentie die voor de Amerikaanse regering niet acceptabel was.

Het tweede thema dat in 2002 te zien was in de legitimatie van Guantánamo Bay, was het principe van zelfbescherming. Ook deze legitimatie was opgebouwd uit verschillende lagen en verschillende argumenten. Ten eerste werd het conflict omschreven als een irreguliere strijd, een strijd als nooit tevoren. Hierdoor ontstond het idee dat de gangbare maatregelen, zoals die omschreven staan in de Geneefse Conventies, wellicht niet geheel toereikend zouden zijn. Daarnaast werd de situatie neergezet als een constante dreiging. Zo verklaarde Rumsfeld tijdens een persconferentie in juni: ‘...there are known “knowns”. There are things we know that we know. There are known unknowns. That is to say there are things we know we don’t know. But there are also unknown unknowns. There are things we don’t know we don’t know.’<sup>383</sup> Dit zorgde ervoor dat het idee van preventief handelen ontzettend belangrijk werd. Het risico zou met name liggen in het niet handelen, het niet op tijd voorkomen van aanslagen.

Ook met betrekking tot de gevangenen werd de extreme gevaarlijkheid, en hiermee de noodzaak tot zelfbescherming, benadrukt. Meerdere malen werd gesteld dat het hier niet ging om ‘gewone’ oorlogsgevangenen, die als relatief onschuldig werden omschreven, maar om levensgevaarlijke terroristen, gedreven door het kwaad. Zij zouden getraind zijn in het weerstaan van ondervragingstechnieken, waardoor het toestaan van hardere technieken noodzakelijk was. Simpel gezegd werd het principe ‘nood breekt wet’ toegepast. Met name het idee dat er sprake was van een continue dreiging werkte als een legitimatie voor deze visie. Het idee dat het vergaren van *intelligence* noodzakelijk was om de nationale veiligheid te garanderen, zorgde ervoor dat het legitiem leek dat er bepaalde ‘voorzorgsmaatregelen’ werden genomen. In het geval van Guantánamo Bay betekende dit dat mensen uit voorzorg werden vastgehouden. Hoewel deze mensen niet berecht waren, en juridisch gezien dus niet schuldig waren bevonden, werden zij toch gevangen gezet en behandeld als misdadigers. Door de Amerikaanse regering werd dit gelegitimeerd met het argument dat deze mensen waren opgepakt op het strijdveld, wat had aangetoond dat zij streden tegen het Amerikaanse

---

<sup>383</sup> D. Gambetta, ‘Reason and Terror. Has 9/11 made it hard to think straight?’, *Boston Review*, (februari/maart 2004). Te vinden op: <http://bostonreview.net/archives/BR29.2/gambetta.html> (10 december 2014).

leger en dus te betitelen waren als *enemy combatants*. Daarnaast zouden er intensieve screenings zijn geweest waaruit gebleken zou zijn dat deze mensen kostbare informatie bezaten en een dreiging vormden.

Het detentiecentrum in Guantánamo Bay valt binnen dit narratief van preventief handelen. Dit is een belangrijk punt, omdat dit precies het punt is waar de meeste verwarring vandaan komt. Het detentiecentrum op Guantánamo Bay heeft geen juridische functie. Het is geen gevangenis waar vijandelijke strijders gestraft worden voor hun strijd tegen het Amerikaanse leger. Het detentiecentrum is gericht op het vergaren van *intelligence*. In tegenstelling tot een juridische focus, die gericht is op wat de strijder in het verleden heeft gedaan, is de *intelligence*-focus gericht op wat de strijder in de toekomst gaat doen. Dit is een geheel andere insteek. Met betrekking tot Guantánamo Bay valt op dat qua taalgebruik de juridische en *intelligence*-focus door elkaar gebruikt werden, wat verwarring schiep over de daadwerkelijke doeleinden. Want hoewel al snel duidelijk werd dat het doel van het centrum niet het veroordelen van gevangenen was, werd er door de Amerikaanse regering getracht het detentiecentrum een juridisch aanzien te geven. Er werden stappen ondernomen voor het oprichten van militaire commissies en het gebruik van het detentiecentrum werd op juridische wijze gelegitimeerd, maar dit leek nooit geheel aan te sluiten bij de daadwerkelijke functie van het centrum. Het vergaren van *intelligence* is een wezenlijk andere bezigheid dan het gevangen houden of veroordelen van oorlogsgevangenen. De stappen die door de Amerikaanse regering ondernomen werden, waren halfslachtig omdat zij niet aansloten bij het doel van het detentiecentrum.

Het erkennen dat het detentiecentrum enkel gericht was op verhoor was lastig, aangezien dit volgens de bepalingen in de Geneefse Conventie niet is toegestaan. De behandeling werd gerechtvaardigd met het argument dat de gevangenen allen levensgevaarlijke terroristen waren, het ergste van het ergste. Hiermee werd geïnsinueerd dat er grondige informatie was over elke persoon die zich in het detentiecentrum bevond, en dat er niemand in het detentiecentrum zat die daar eigenlijk niet hoorde te zitten. Het is zeer waarschijnlijk dat de meeste mensen zo'n behandeling niet zouden goedkeuren als de persoon in kwestie niet iets vreselijks had gedaan. Hoewel er geen veroordeling was geweest, werd er wel gesuggereerd dat niemand die zich in het detentiecentrum bevond onschuldig was. Dit laat een duidelijk spanningsveld zien. Het detentiecentrum had als doel het vergaren van *intelligence*, waarbij de focus ligt op wat de gevangene van plan is in de toekomst te gaan doen. De legitimatie voor het vasthouden van de gevangene werd echter gegeven vanuit een juridische focus, namelijk wat de gevangene in het verleden had gedaan. Hoewel de aandacht

van het detentiecentrum dus in feite gericht was op de toekomst, was de legitimatie gericht op het verleden. Hierdoor leek het soms gekunsteld en verwarrend, wat het in feite wellicht ook was. Het zou echter lastig zijn geweest om te erkennen dat er weinig informatie was over een groot deel van de gevangenen. Dit zou de rechtvaardiging van hun gevangenschap wegvagen.

Gedurende het jaar werd Guantánamo Bay steeds meer neergezet als een plek waar enkel 'het ergste van het ergste' heenging. Het detentiecentrum kreeg op deze manier bijna een *self-fulfilling prophecy*, het ging functioneren als een legitimatie op zich. Als iemand in Guantánamo Bay was beland, moest hij heel was op zijn kerfstok hebben. Guantánamo Bay werd een bewijs van schuld, in plaats van een plek waar gevangenen heen werden gezonden nadat hun schuld was aangetoond. Welk proces hier precies aan vooraf was gegaan bleef onduidelijk en is ook in de jaren die volgden nooit opgehelderd.

Het derde thema dat een grote rol speelde in de legitimatie van Guantánamo Bay was de Amerikaanse aard. Volgens deze legitimatie zou het feitelijk geen verschil maken of de gevangenen een POW-status hadden of niet. Het leger was getraind op basis van de Geneefse Conventies en het zat niet in de Amerikaanse aard de gevangenen anders dan humaan te behandelen. Het toekennen van een POW-status zou slechts een formaliteit zijn, maar zou voor de behandeling weinig verschil maken.

Opvallend bij deze legitimatie was dat een humane behandeling gelijk werd gesteld aan het naleven van de Geneefse Conventies. In feite is een humane behandeling echter een grondbeginsel dat is vastgelegd in allerlei verdragen, een vanzelfsprekendheid bijna. Voor een westerse liberale democratie is een humane behandeling, die gebaseerd is op eerlijkheid, vrijheid en gerechtigheid, het uitgangspunt. Het is echter niet hetzelfde als het naleven van de Geneefse Conventies, die veel meer eisen stelt dan enkel een humane behandeling.

Het leek de Amerikaanse regering in 2002 nooit geheel te lukken het detentiecentrum te legitimeren. De belangrijkste reden hiervoor was dat, hoewel er sussend werd gezegd dat de gevangenen heus juist behandeld zouden worden, er nooit een antwoord kwam op de vraag waarom er dan zoveel moeite was gedaan hen elke vorm van bescherming te ontzeggen. De reden voor deze gang van zaken lag echter voor de hand, namelijk de mogelijkheid tot verhoor. Het vasthouden van gevangenen met als doel hen te verhoren zou een schending zijn van internationale verdragen, waarmee het veroordeeld zou kunnen worden als een oorlogsmisdaad. Deze schending, en strafbaarheid die hiermee gepaard ging, werd ontlopen door de gevangenen zonder rechten in een wetteloos gebied te plaatsen. Er was met succes gezocht naar mazen in het internationale oorlogsrecht. Door de regering werd de situatie omgedraaid en dit creëerde een verwarrend verhaal. De legitimatie voor het afwijken van de

Geneefse Conventie werd door de Amerikaanse regering gebruikt als reden en als oorzaak. Hierdoor kwam er nooit een duidelijke en geloofwaardige verklaring over het waarom, waardoor de situatie dubieus bleef.

## Het jaar 2004

2004 vormde een sleuteljaar in de legitimatie rond het detentiecentrum in Guantánamo Bay. In april van dat jaar verspreidden de foto's van grove mishandelingen van gevangenen door Amerikaanse bewakers in een Irakese gevangenis zich als een olievlek over de wereld. Op internationaal niveau werd er geschokt gereageerd. Ook de Amerikaanse regering zelf sprak haar afschuw uit over de beelden van de mishandelingen.

Door de regering Bush werd de verantwoordelijkheid gezocht op individueel niveau. Het ging hier om een paar rotte appels, bewakers die een gebrekkig moreel besef hadden en los van commando hadden gehandeld. Er werd ingezoomd op het verleden van de daders, dat van Lynndie England in het bijzonder. Op deze manier werd er getracht een verklaring voor het wangedrag te vinden, een verklaring die geworteld zou zijn in persoonlijke problemen en tekortkomingen en die losstond van overheidsbeleid.

Naar aanleiding van het schandaal werden echter verschillende onderzoeken ingesteld, waarvan er velen tot een andere conclusie kwamen. Hieruit bleek dat de mishandelingen niet beperkt waren tot Abu Ghraib en dat er sprake was van een structureel probleem. Zo zou er kruisbesmetting zijn geweest tussen het personeel van de Military Police, de bewakers, en het personeel van de Military Intelligence, de ondervragers. Hun nauwe samenwerking zou ervoor gezorgd hebben dat de grenzen vervaagden en bewakers hun boekje te buiten gingen. Hoewel de Amerikaanse regering bepleitte dat de mishandelingen niet direct verbonden waren aan het proces van ondervraging, werd dit door het ICRC tegengesproken. Zij concludeerden dat de mishandelingen wel degelijk vooral gebeurden tijdens het ondervragingsproces en dat gevangenen met een hoge 'intelligence-value' het grootste risico liepen mishandeld te worden.

Het schandaal rond Abu Ghraib, maar met name ook de onderzoeken die daarop volgden, zorgden ervoor dat het wantrouwen ten opzichte van de Amerikaanse regering groeide. Ook het ongemak over de situatie in Guantánamo Bay werd groter. Dit werd enkel versterkt toen er begin juni een groot aantal overheidsdocumenten uitlekten waaruit bleek dat

de regering de grenzen van toelaatbare verhoortechnieken behoorlijk had opgerekt, met name in Guantánamo Bay. In de documenten was te lezen hoe er werd geoordeeld dat de wetgeving tegen marteling wellicht onconstitutioneel was tijdens de War on Terror, vooral als zij werd toegepast tijdens ondervragingen. Dit betekende dat soldaten waarvan bekend zou worden dat zij gemarteld hadden, hoogstwaarschijnlijk niet strafrechtelijk vervolgd zouden kunnen worden. Daarnaast werd er een nieuwe definitie gegeven aan het principe marteling, waardoor handelingen die eerder strafbaar waren nu werden toegestaan.

De Amerikaanse regering verdedigde zich met het argument dat de *enhanced interrogation* slechts een zestal weken toegestaan was geweest, waarna het herroepen was op basis van twijfel over de toelaatbaarheid ervan. Het document waarin de grenzen van marteling werden opgerekt zou weinig invloed hebben gehad en geen leidraad hebben gevormd voor de behandeling van de gevangenen.

Niet veel later lekte er echter een rapport van het ICRC uit waarin de organisatie oordeelde dat de behandeling van de gevangenen in het detentiecentrum overeenkwam met marteling. Dit alles zorgde ervoor dat de controverse rond Guantánamo Bay steeds groter werd. Voor de legitimatie hadden de gebeurtenissen grote gevolgen. Waar kritiek eerder gesust werd met vertrouwen in de Amerikaanse aard, leek die geruststelling nu niet meer te werken. De legitimatie centreerde zich in 2004 dan ook rond het juridische thema.

## **De legitimatie in 2004**

Het is duidelijk te zien dat de Amerikaanse regering in 2004 trachtte het detentiecentrum in Guantánamo Bay een meer wettig imago te geven. Dit gebeurde op een aantal manieren. De belangrijkste manier, die ook terug te zien was in 2002, was het ontkennen dat er sprake was van het niet naleven van de Geneefse Conventie. Waar deze legitimatie eerder geworteld was in de Derde Geneefse Conventie, de gevangenen zouden niet voldoen aan de criteria van de POW-status, werd er nu een legitimatie gezocht in de Vierde Geneefse Conventie. Dit is in principe een logische gang van zaken. Binnen het internationale oorlogsrecht wordt er onderscheid gemaakt tussen twee soorten *protected persons*, namelijk ‘civilians’ en ‘combatants’, strijders en burgers. *Combatants* worden in handen van de vijand *prisoners of war*, beschermd door de Derde Geneefse Conventie. *Civilians* vallen onder de Vierde Geneefse Conventie. De Amerikaanse regering oordeelde echter dat de strijders van de War

on Terror omschreven dienden te worden als unlawful combatants, waardoor zij buiten beide categorieën vielen. Dit is een conclusie die weinig steun geniet. Over het algemeen is de interpretatie dat een persoon altijd bescherming geniet van de Geneefse Conventie, ofwel door de Derde ofwel door de Vierde.

Volgens de Amerikaanse regering was er echter sprake van een uitzonderingssituatie die beschreven was in de Vierde Geneefse Conventie. Artikel 5 van deze Conventie omschrijft een zogenaamde derogatie op de Conventie, een uitzonderingssituatie waarin er af kan worden geweken van de beschreven bepalingen. Dit artikel geeft een definitie van de 'security detainees', burgers waarvan vastgesteld is dat zij een serieuze dreiging vormen voor de staat. Een beperking van hun rechten is toegestaan op het moment dat geoordeeld wordt dat het toekennen van deze rechten de veiligheid van de staat in gevaar zou brengen. Ook het vasthouden van deze mensen zou volgens dit artikel toegestaan zijn. Deze interpretatie is echter omstreden. Het artikel beschrijft dat de *security detainee* in principe recht heeft op een status als *protected person*, ook als er aantoonbare betrokkenheid is bij vijandelijkheden. Enkel die rechten die bij toekenning een gevaar zouden opleveren mochten geweigerd worden, het is niet zo dat de gevangene direct al zijn rechten zou verliezen. Hoewel door de U.S. Legal Advisor geoordeeld werd dat de gevangenen inderdaad bescherming dienden te krijgen van de Vierde Geneefse Conventie, werd er door de Amerikaanse regering weinig actie ondernomen hieraan tegemoet te komen.

In 2004 werd duidelijk dat het niet zo gemakkelijk zou zijn om vol te houden dat de gevangenen behandeld werden volgens de bepalingen van de Geneefse Conventie. De regering moest zich in allerlei bochten wringen om dit geloofwaardig te doen lijken. De juridische legitimatie werd hierdoor een warrig en onduidelijk verhaal.

Het ontkennen van de POW-status in 2002 bleek grote gevolgen te hebben voor de legitimatie van het detentiecentrum in 2004. Juridisch gezien betekent het ontkennen van een POW-status dat de gevangene in kwestie niet met zekerheid geïdentificeerd kan worden als strijder. Het gevolg is dat de persoon in kwestie gezien wordt als burger, waardoor hij bescherming krijgt van de Vierde Geneefse Conventie. Voor de Amerikaanse regering betekende dit dat de gevangenen in Guantánamo Bay juridisch gezien gecategoriseerd zouden worden als *protected persons*. De regering Bush oordeelde daarentegen dat de gevangenen onder Artikel 5 van de Vierde Geneefse Conventie vielen, waardoor het inperken van hun rechten toegestaan zou zijn. Het probleem is echter dat de categorisatie van de gevangenen als burgers niet strookt met de maatregelen die voor die tijd genomen waren en evenmin met de stappen die later gezet zouden worden. Zo is het niet toegestaan *protected persons* te



verplaatsen uit het gebied waar zij opgepakt zijn en is het hoogst ongebruikelijk burgers te laten verschijnen voor een militair tribunaal. Daarnaast is een algemene inperking van hun rechten, zoals in Guantánamo Bay gebeurde, niet in lijn met de Conventie. Dit was eveneens het oordeel van het Supreme Court, dat een uitspraak deed in een tweetal zaken die met betrekking tot Guantánamo Bay waren aangespannen. Kortom, de Amerikaanse regering werd vanuit verschillende hoeken gepusht om zich meer aan de bestaande regels te houden.

Ogenschijnlijk werden er verschillende stappen ondernomen om Guantánamo Bay meer in overeenstemming te brengen met bestaande verdragen. Zo zouden er Annual Review Boards komen die jaarlijks zouden evalueren of de gevangene in kwestie nog een bedreiging vormde. Ook werd er van start gegaan met het opzetten van militaire commissies, waarin de gevangenen veroordeeld zouden worden voor specifieke vergrijpen. De commissies zorgden ervoor dat de gevangenen niet langer vastgehouden werden zonder enige vorm van proces, waardoor hun gevangenschap wellicht legitiemer zou lijken. Als laatst werd er een plan gemaakt voor de zogenaamde Combatant Status Review Tribunals, militaire tribunalen waarin de gevangenen hun status als *enemy combatant* zouden kunnen aanvechten.

Hoewel het leek alsof er op deze manier tegemoet gekomen werd aan de roep om het meer volgen van de bestaande regelgeving, vallen hier aardig wat kanttekeningen bij te plaatsen. De Annual Review Boards hadden weinig voordelen voor de gevangenen. De gevangenen kregen geen echte vertegenwoordiging en het proces was niet aan juridische regels gebonden. Ook op de militaire commissies kwam een hoop kritiek. Deze kritiek was met name gericht op het feit dat er een geheel nieuwe weg werd ingeslagen, waarbij de normen die in het verleden gehanteerd waren tijdens dit soort processen, nu grotendeels aan de kant werden geschoven. Hoewel tribunalen geen eigen regels hebben, zijn in voorgaande oorlogen de heersende normen van het Uniform Code of Military Justice nageleefd. Bij de commissies die Bush instelde bleek hier echter dit keer van afgeweken te zijn. Ook kwam er kritiek op de grote concentratie van macht, de president zou zowel de misdaad definiëren, de regels van het proces opstellen en de rechters, jury en panels samenstellen. Dit alles zorgde ervoor dat weinig mensen overtuigd waren van een eerlijke rechtsgang. De Combatant Status Review Tribunals konden eveneens rekenen op de nodige kritiek. Deze kritiek was met name gericht op het feit dat er opnieuw een nieuwe weg bewandeld werd, terwijl er een blauwdruk klaar lag voor dit soort situaties.

Het oordeel van het Supreme Court, wat aanleiding gaf voor het oprichten van deze tribunalen, is veelal geïnterpreteerd als een aanmoediging voor het naleven van Artikel 5 van de Derde Geneefse Conventie. Hierin staat beschreven dat een gevangene een POW-status

dient te krijgen, tenzij een competent tribunaal anders bepaalt. Binnen de militaire wetgeving van de Verenigde Staten is vorm gegeven aan dit artikel met de Army Regulation 190-8. Hierin staat beschreven hoe een competent tribunaal eruit dient te zien en aan welke regels het dient te voldoen. Hoewel er dus een duidelijke richtlijn was, koos de Amerikaanse regering er opnieuw voor hiervan af te wijken en nieuwe richtlijnen op te stellen.

Hoewel er getracht werd een meer juridische invulling te geven aan het detentiecentrum, werd enkel duidelijk dat dit in feite absoluut niet de bedoeling was. De procedures die opgezet werden, werden grotendeels omschreven als administratief. Dit leek een excuus om niet te voldoen aan de normen die gangbaar zijn in juridische procedures, zoals het recht op *due process*, transparantie en onpartijdigheid.

De procedures leken niet als doel te hebben de gevangenen een eerlijker behandeling te geven. De gevangenen kregen amper meer rechten en de rechten die zij kregen, zoals het aanvechten van hun status, waren minimaal en sterk gecontroleerd. Het doel van de maatregelen leek dan ook met name te zijn gericht op de buitenwereld. Het diende als manier om het beruchte imago van het detentiecentrum te verbeteren.

Met name in 2004, na het schandaal rond Abu Ghraib en het uitlekken van overheidsdocumenten, werd dit erg belangrijk. Hoewel de legitimiteit van het detentiecentrum nooit erg sterk was geweest, daalde dit in 2004 naar een dieptepunt. Door aan te geven dat er wel degelijk procedures gevolgd werden, procedures waarin de status van de gevangene beoordeeld werd en waarin de gevaarlijkheid van de gevangene getoetst werd, leek het alsof de regering Bush pogingen deed om te voldoen aan de bestaande normen. In feite was dit echter een wassen neus. Bestaande normen werden niet nageleefd, telkens weer werden er wegen gevonden die net iets afweken van de normale gang van zaken en die de regering de mogelijkheid gaven de situatie te controleren. Hoewel de Verenigde Staten zich profileerde als voorvechter van de *rule of law*, werd nu pijnlijk duidelijk dat zij zich niet zouden laten dwingen tot het naleven van de Geneefse Conventies.

## **Een overkoepelende analyse**

Het doel van dit onderzoek was te analyseren hoe de regering Bush het detentiecentrum in Guantánamo Bay heeft gelegitimeerd in de jaren 2002 en 2004. Deze legitimatie was nodig omdat er met het detentiecentrum in Guantánamo Bay werd afgeweken van de Geneefse

Conventies, de internationale afspraken met betrekking tot oorlogvoering. Er was te zien hoe drie thema's de hoofdrol speelde in deze legitimatie. Allereerst werd gesteld dat, omwille van zelfbescherming, een kleine afwijking van de normale gang van zaken noodzakelijk was. Deze afwijking zou echter geen schending zijn van de Geneefse Conventies, zo luidde het tweede argument, omdat deze verdragen niet toepasbaar zouden zijn op de situatie. De strijders zouden niet voldoen aan de criteria die in het verdrag omschreven stonden, waardoor zij geen aanspraak zouden kunnen maken op de bescherming ervan. Maar, zo volgde het derde argument, dit zou voor de behandeling van de gevangenen geen verschil maken. De Verenigde Staten profileerden zich als toonbeeld van de democratie en voorvechter van mensenrechten, het was ondenkbaar dat gevangenen onder Amerikaans toezicht onjuist behandeld zouden worden. Daarnaast was het Amerikaanse leger getraind op basis van de Geneefse Conventies, waardoor de gevangenen, ook zonder POW-status, behandeld zouden worden 'in the spirit of Geneva'. De status van de gevangenen was slechts een juridische verhandeling, een formaliteit die weinig verschil zou maken.

In feite was het echter een politieke beslissing die ontzettend veel verschil maakte. De gevangenen bevonden zich zonder rechten in een wetteloos gebied. Zij waren geheel overgeleverd aan de goodwill van het Amerikaanse leger. De Amerikaanse regering zei met de legitimatie dan ook niet veel meer dan 'trust us'. Want zonder onderliggende regels en de strafbaarheid die met deze regels gepaard ging, was het niet veel meer dan een kwestie van vertrouwen.

In 2002 bestond de legitimatie uit een samenspel van de drie belangrijkste thema's. De oprichting tot het detentiecentrum riep kritiek op en zorgde voor ongemakkelijke gevoelens, maar er leek een bepaalde mate van vertrouwen te zijn in de geruststelling dat de gevangenen op een juiste manier behandeld zouden worden. Dit vertrouwen was wellicht wat naïef, aangezien enkel al het bestaan van het detentiecentrum in elk opzicht indruiste tegen de bepalingen van de Geneefse Conventies.

In 2004 werd duidelijk hoezeer de Amerikaanse regering was afgeweken van de bestaande normen en hoe ver de grenzen van het toelaatbare waren opgerekt. Dat maakte de legitimatie van Guantánamo Bay een stuk ingewikkelder. Het vertrouwen waartoe in 2002 was opgeroepen was geschonden, de Amerikaanse aard was niet langer een plausibel argument. Ook het argument van zelfbescherming leek minder aan te slaan, wellicht omdat de dreiging zo'n tweeënhalf jaar na de aanslagen minder heftig ervaren werd. In 2004 was dan ook te zien hoe de juridische legitimatie de overhand kreeg. De Amerikaanse regering trachtte aan te tonen dat het detentiecentrum niet in strijd was met de Geneefse Conventies. De

gevangenen zouden, als zijnde *unlawful enemy combatants*, in een subcategorie vallen die geen aanspraak kon maken op bescherming. Tegelijkertijd werden er verschillende procedures voor de gevangenen opgezet, die met name leken te dienen als een manier om het detentiecentrum een meer wettig imago te geven, maar die in feite weinig met rechtspraak te maken hadden.

Het schandaal rond Abu Ghraib en het lekken van het Bybee Memorandum veroorzaakten een stortvloed aan kritiek. De War on Terror werd inmiddels door velen kritisch bekeken en dit hielp geenszins. De regering Bush werd beschuldigd van het afdwalen van de *rule of law* en Guantánamo Bay werd hét symbool van de controverse. De juridische argumenten dienden dan ook als een manier om dit imago van wetteloosheid tegen te gaan.

In het debat over Guantánamo Bay sluit deze analyse aan bij de critici. Het op deze manier vasthouden van gevangenen is in strijd met internationale verdragen en de situatie lijkt doelbewust gecreëerd. Naast het feit dat het een schending is van internationale afspraken, is het eveneens historisch gezien een breuk met eerdere oorlogvoering door de Verenigde Staten. De Verenigde Staten hebben nooit eerder gevangenen collectief de POW-status geweigerd en op deze manier de Geneefse Conventies naast zich neergelegd.

In de inleiding werd besproken hoe verschillende auteurs van mening zijn dat het niet naleven van de Geneefse Conventies niet slechts niet-legitiem is, maar hoe het eveneens getuigt van een moreel falen. Dit is een belangrijk punt dat grote invloed heeft op de legitimatie en de werking daarvan. Zoals eerder besproken zijn internationale verdragen veelal de juridische vastlegging van gedeelde normen. Dit geldt in het bijzonder voor de Geneefse Conventies, die ontzettend breed gedragen zijn. De afspraken vormen een gedragscode en zijn hiermee niet enkel een juridische constructie, maar ook een sociale. Schending van deze verdragen is, met name voor een liberale democratie, erg uitzonderlijk. Zoals Martha Finnemore omschreef heeft dit dan ook sociale gevolgen, zoals onpopulariteit en uitsluiting. In de casus van Guantánamo Bay is deze onpopulariteit terug te zien. De steun voor de War on Terror liep steeds verder terug en het imago van de Verenigde Staten als toonbeeld van democratie lijkt beschadigd. Hoewel er verschillende pogingen zijn ondernomen dit imago te herstellen, was het grootste deel van deze inspanningen halfslachtig en enkel bedoeld om kritiek te sussen.

Volgens verschillende auteurs is de situatie zoals die is ontstaan een gevolg van de eenzame hoogte waarop de Verenigde Staten zich bevinden op het internationale toneel. Waar kleinere staten met economische sancties gedwongen kunnen worden in het gareel te lopen, ligt dit bij grotere staten lastiger. De Verenigde Staten bevinden zich aan het uiteinde van dit

spectrum. Het is moeilijk, wellicht praktisch onmogelijk, om een staat van deze orde te dwingen tot het naleven van verdragen. De casus van het detentiecentrum in Guantánamo Bay laat dan ook zien dat de Verenigde Staten zich niet laten dwingen tot het naleven van regels die voor hen nadelig zouden kunnen zijn. Het land heeft de macht de regels naast zich neer te leggen, zonder directe sancties. Dat is dan ook precies wat er gebeurd is. Volgens Avery Gordon hebben de Verenigde Staten de status van een vroeger keizerrijk weten te behalen, wat terug te zien is in de manier waarop zij omgaan met de gevangenen van de War on Terror.

In the early history of warfare, there was no recognition of status of prisoners of war, for the defeated enemy, considered the property of the victor, was either killed or enslaved by him. Despite the Geneva Convention and international laws governing the conduct of warfare, the US has retained, as befits the imperial power it is, the ancient right of the strong and the conqueror to enslave fallen enemies. Thus, in the war on terror, there are no longer any prisoners of war in the modern, post-Westphalian sense, only 'enemy combatants', fallen captives.<sup>384</sup>

Dit schetst een grimmig beeld van de internationale politiek. Een beeld waarin moraliteit slechts een kleine rol speelt. Regels worden enkel nageleefd op het moment dat dit niet in strijd is met het eigenbelang. Toch lijkt de werkelijkheid complexer dan het beeld dat hier geschetst wordt. Want hoewel de Amerikaanse regering ervoor koos bestaande verdragen niet na te leven, werd dit niet openlijk erkend. De regering voelde zich verplicht de stappen te legitimeren en was gevoelig voor de kritiek die zij ontving als gevolg van haar keuzes.

De legitimatie van het detentiecentrum in Guantánamo Bay lijkt echter nooit helemaal te zijn gelukt. Waarschijnlijk heeft dit te maken met de aard van de Geneefse Conventies. Zij hebben een juridische functie, maar vormen met name een sociale gedragscode. Dit is dan ook waar de legitimatie met betrekking tot Guantánamo Bay wringt. De Amerikaanse regering heeft de legitimatie steeds meer toegespitst op juridische formaliteiten. Zo zouden de gevangenen in een buitencategorie vallen, waardoor zij geen recht zouden hebben op bescherming. Hoewel strafbaarheid op deze manier wellicht ontlopen kan worden, vormt het geen geloofwaardige normatieve legitimatie voor de schending van onderliggende normen. Binnen de liberale democratie is het idee van mensenrechten en bescherming van deze rechten erg belangrijk. Het feit dat juist de Verenigde Staten, die zich profileerden als toonbeeld van de liberale democratie, deze norm naast zich neerlegde, zorgde ervoor dat zij enorm aan geloofwaardigheid inboetten.

---

<sup>384</sup> A. Gordon, 'Abu Ghraib: imprisonment and the war on terror', *Race Class* 48 (2006) 42-59, 53.

Hoeveel invloed dit had werd duidelijk tijdens de presidentscampagne en het latere presidentschap van Barack Obama in 2008 en 2009. Obama pleitte voor een terugkeer naar de Amerikaanse waarden, waar volgens hem het contact mee verloren was.

...we went off course. And this is not my assessment alone. It was an assessment that was shared by the American people who nominated candidates for President from both major parties who, despite our many differences, called for a new approach -- one that rejected torture and one that recognized the imperative of closing the prison at Guantánamo Bay.

Now let me be clear: We are indeed at war with al Qaeda and its affiliates. We do need to update our institutions to deal with this threat. But we must do so with an abiding confidence in the rule of law and due process; in checks and balances and accountability. For reasons that I will explain, the decisions that were made over the last eight years established an ad hoc legal approach for fighting terrorism that was neither effective nor sustainable -- a framework that failed to rely on our legal traditions and time-tested institutions, and that failed to use our values as a compass. And that's why I took several steps upon taking office to better protect the American people.<sup>385</sup>

Obama zette zich sterk af tegen de wetteloosheid van de regering Bush. Hij was van mening dat het beleid van de regering Bush de Verenigde Staten vervreemd hadden van de rest van de wereld.<sup>386</sup> Dit laat zien dat de macht van de Verenigde Staten niet enkel gebaseerd was op economische middelen, maar dat gedeelde normen een grote rol speelden.

De legitimatie van zowel de ondervragingstechnieken, als van het detentiecentrum in Guantánamo Bay, zijn nooit geheel geaccepteerd. Hoewel de gang van zaken in 2002, kort na de aanslagen, wellicht deels getolereerd werd, werd dit steeds lastiger naarmate de tijd vorderde en er meer informatie vrijkwam over wat zich daadwerkelijk afspeelde. De oorlog tegen het terrorisme kreeg een rauw randje en de roep om het naleven van de bestaande verdragen werd steeds groter.

Een gevolg hiervan was terug te zien in december 2014, toen er een rapport werd vrijgegeven over de toegepaste ondervragingstechnieken van de CIA. De CIA had lange tijd geprobeerd publicatie van het rapport te voorkomen. Het rapport telde 500 pagina's en was

---

<sup>385</sup> The White House, 'Remarks By The President On National Security' (versie 21 maart 2009), <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-national-security-5-21-09> (8 december 2014).

<sup>386</sup> The White House, 'Remarks By The President On National Security' (versie 21 maart 2009), <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-national-security-5-21-09> (8 december 2014).

het resultaat van een grootschalig onderzoek dat zo'n vijf jaar had geduurd. Het onderzoek was ingesteld door het United States Senate Select Committee on Intelligence (SSCI), een comité dat overzicht houdt op de overheidsactiviteiten met betrekking tot het vergaren van inlichtingen.<sup>387</sup> Uit het rapport werd duidelijk dat de CIA tijdens de War in Terror verregaande verhoormethoden had gebruikt, die wreed en wellicht illegaal waren.<sup>388</sup> President Obama distantieerde zich van het beleid door aan te geven dat het niet strookte met de Amerikaanse waarden.<sup>389</sup>

Veel van de mishandelingen die beschreven worden in het rapport zijn niet nieuw, zij zijn eerder naar voren gekomen in onder andere het Taguba Report, maar worden nu met concreet bewijs ondersteund. Toch is het vrijgeven van het rapport een belangrijke gebeurtenis. Het laat zien dat de periode dat de CIA de hand boven het hoofd werd gehouden voorbij is. In het verlengde van dit onderzoek zou het volgen van de reactie van de Amerikaanse regering op deze nieuwe informatie interessant zijn. Zullen er nu daadwerkelijk stappen ondernomen worden om het beleid in overeenstemming te brengen met internationale verdragen, inclusief de strafbaarheid die daarmee gepaard gaat, of blijft het bij een retorische omslag?

Wat betreft het detentiecentrum in Guantánamo Bay gaat de schending van de Geneefse Conventies door. Hoewel er al jaren geen gevangenen meer worden overgebracht naar het detentiecentrum, is het, ondanks de belofte van Obama, niet gesloten. Het is dan ook duidelijk dat de Verenigde Staten zich niet laten dwingen tot het naleven van de Conventies. Echter, hoewel de status van de Verenigde Staten hen wellicht in staat stelde de juridische consequenties te ontlopen, gold dit niet voor de sociale consequenties die het schenden van deze gedragscode met zich meebracht. De Amerikaanse regering had het vertrouwen, van met name haar westerse bondgenoten, geschonden en de sociale gevolgen hiervan waren aanzienlijk. De steun voor de oorlog tegen het terrorisme liep terug en het vertrouwen in de regering Bush leek tot een dieptepunt te dalen. Het afwijken van de Geneefse Conventies was dan ook met name een normatieve kwestie, wat verklaart dat juridische argumenten niet afdoende waren om deze afwijking te legitimeren.

## Bibliografie

---

<sup>387</sup> M. Calabresi, 'Senate Torture Report Describes CIA Interrogation Program' (versie 9 december 2014), <http://time.com/3625453/torture-report-senate-cia-interrogation/> (28 december 2014).

<sup>388</sup> Ibidem.

<sup>389</sup> Ibidem.

## Primaire bronnen

Bush, G., 'Address to the Joint Session of Congress and the American People' (versie 20 september 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html> (24 februari 2014).

Bybee, J., 'Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President' (versie 1 augustus 2002), [www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/.../02.08.01.pdf](http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/.../02.08.01.pdf) (20 maart 2014).

Council of Foreign Relations, 'Detainee Treatment Act of 2005', <http://www.cfr.org/terrorism-and-the-law/detainee-treatment-act-2005-hr-2863-title-x/p9865> (19 maart 2014).

R. Fay en R. Jones, *Investigation of Intelligence Activities At Abu Ghraib* (24 augustus 2004). Te vinden op: [http://news.bbc.co.uk/1/1/shared/bsp/hi/pdfs/26\\_08\\_04\\_fayreport.pdf](http://news.bbc.co.uk/1/1/shared/bsp/hi/pdfs/26_08_04_fayreport.pdf).

Gonzales, A., 'Memorandum for the President' (versie 25 januari 2002), <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf> (19 februari 2014).

International Committee of the Red Cross, 'The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols', <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> (26 februari 2014).

International Committee of the Red Cross, 'Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949', <http://www.icrc.org/ihl.nsf/7c4d08d9b287a42141256739003e636b/6fef854a3517b75ac125641e004a9e68> (18 februari 2014).

International Committee of the Red Cross, 'Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. Geneva, 22 August 1864', <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/120?OpenDocument> (26 februari 2014).

Schlesinger H., e.a., *Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations* (Arlington 2004). Te vinden op: <http://www.defense.gov/news/aug2004/d20040824finalreport.pdf>

C. Powell, 'Draft Decision Memorandum for the President on the Applicability of the Geneva Convention to the Conflict in Afghanistan, 26 januari 2002'. Te vinden op: <http://www.torturingdemocracy.org/documents/20020126.pdf> (22 februari 2014).

United Nations Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Te vinden op: <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r046.htm>.

Uniform Code Of Military Justice. Te vinden op: <http://www.ucmj.us/>.



U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace' (versie 22 januari 2001),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2254> (30 juni 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 11 januari 2001),  
<http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2031> (30 juni 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 24 januari 2001),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2292> (31 juni 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 30 januari 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2418> (15 juni 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Wolfowitz Interview with Jim Lehrer, News Hour' (versie 21 maart 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3369> (13 juli 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 8 februari 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2624> (20 juli 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Secretary Rumsfeld Roundtable with Radio Media' (versie 15 januari 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2132> (24 juli 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Secretary Rumsfeld Media Availability en route to Guantánamo Bay, Cuba' (versie 27 januari 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2320> (24 juli 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers' (versie 28 maart 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3380> (22 juli 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing on Military Commissions' (versie 21 maart 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3367> (4 juni 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Secretary Rumsfeld Media Availability en route to Guantánamo Bay, Cuba' (versie 27 januari 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2320> (24 juli 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'DoD News Briefing - ASD PA Clarke and Brig. Gen. Rosa' (versie 24 april 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3412> (25 juli 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary Rumsfeld Media Availability after Visiting Camp X-Ray’ (versie 27 januari 2002),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2348> (25 juli 2014).

U.S. Department of Defense, *Speeches*, ‘Testimony of Secretary of Defense Donald H. Rumsfeld’ (versie 7 mei 2004),  
<http://www.defense.gov/Speeches/Speech.aspx?SpeechID=118> (12 augustus 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Press Conference with Members of the Independent Panel to Review Department of Defense Detention Operations’ (versie 24 augustus 2004), <http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2688> (26 augustus 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Defense Department Background Briefing’ (versie 14 mei 2014),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3018> (3 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary of Defense Rumsfeld Interview with David Frost (BBC)’ (versie 13 juli 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2778> (28 augustus 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary Rumsfeld Interview with Sean Hannity, ABC Radio’ (versie 24 juni 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3353> (28 augustus 2014).

U.S. Department of Defense, *Speeches*, ‘Remarks to the Heritage Foundation’ (versie 17 mei 2004), <http://www.defense.gov/Speeches/Speech.aspx?SpeechID=123> (29 augustus 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Coalition Provisional Authority Briefing’ (versie 30 april 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2556> (1 september 2014).

U.S. Department of Defense, *Speeches*, ‘Prepared Statement for the Senate Foreign Relations Committee’ (18 mei 2004), <http://www.defense.gov/Speeches/Speech.aspx?SpeechID=124> (1 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Presenter: Under Secretary of Defense for Policy Douglas J. Feith’ (versie 4 mei 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2958> (1 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Defense Department Operational Update Briefing’ (versie 4 mei 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2973> (3 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, ‘Secretary Rumsfeld Interview with Matt Lauer NBC "Today"’ (versie 5 mei 2005),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2986> (3 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Defense Department Background Briefing' (versie 14 mei 2014),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3018> (3 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Defense Department Operational Update Briefing' (versie 4 mei 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2973> (15 september).

U.S. Department of Defense, *Speeches*, 'Testimony of Secretary of Defense Donald H. Rumsfeld' (versie 7 mei 2004),  
<http://www.defense.gov/Speeches/Speech.aspx?SpeechID=118> (4 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Iraq, One Year Later' (versie 2 mei 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2958> (13 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Final Administrative Review Procedures for Guantánamo Detainees' (18 mei 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=3042> (13 september 2004).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Defense Department Briefing on Military Commission Hearings' (versie 17 augustus 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2648> (30 september 2004).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Defense Department Background Briefing on the Combatant Status Review Tribunal' (versie 7 juli 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2751> (13 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Secretary of the Navy England Briefing on Combatant Status Review Tribunal' (versie 9 juli 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2777> (15 september 2014).

U.S. Department of Defense, *News Transcripts*, 'Defense Department Background Briefing on the Combatant Status Review Tribunal' (versie 7 juli 2004),  
<http://www.defense.gov/Transcripts/Transcript.aspx?TranscriptID=2751> (16 september 2014).

The White House, *Press Secretary Briefings*, 'Press Briefing by Ari Fleischer' (versie 9 januari 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020109-5.html> (30 juni 2014).

The White House, *Speeches*, 'The Vice President Appears on ABC's This Week' (versie 27 januari 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/vicepresident/news-speeches/speeches/vp20020127.html> (16 juni 2014).

The White House, *News*, 'Press Briefing by Ari Fleischer', (versie 7 februari 2002), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/02/20020207-6.html> (22 juli 2014).

The White House, *Press Secretary Briefings*, 'Press Briefing by Ari Fleischer' (versie 23 januari 2002), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020123-18.html> (20 juli 2014).

The White House, *Speeches*, 'The Vice President Appears on ABC's This Week' (versie 27 januari 2002), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/vicepresident/news-speeches/speeches/vp20020127.html> (19 juli 2014).

The White House, *Press Secretary Briefings*, 'Press Briefing by Ari Fleischer' (versie 9 januari 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020109-5.html> (30 juni 2014).

The White House, 'Remarks By The President On National Security' (versie 21 maart 2009), <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-national-security-5-21-09> (8 december 2014).

### Secundaire bronnen

Addicott, J., 'The truth about American state interrogation techniques, torture and the ticking time-bomb terrorist', in: R. Jackson en S. Sinclair (ed.), *Contemporary Debates on Terrorism* (New York 2012), 152-158.

Agence France-Presse, 'Ex-Guantánamo detainees ask French judge to probe torture' (versie 2 februari 2014), <http://www.globalpost.com/dispatch/news/afp/140226/ex-Guantánamo-detainees-ask-french-judge-probe-torture> (25 maart 2014).

Akbar, O., 'Losing Geneva in Guantánamo Bay', *Iowa Law Review* 89 (2003-2004) 195-234.

Allenburg, J., 'Just Three Mistakes. The Bush Administration's War on Terror', *Case Western Reserve Journal of International Law* 42 (2009-2010) 11-20.

Amnesty International, 'Guantánamo Bay', <http://www.amnesty.nl/mensenrechten/encyclopedie/Guantánamo-bay> (13 februari 2014).

Amnesty International, 'Memorandum to the US Government on the rights of people in US custody in Afghanistan and Guantánamo Bay' (versie 14 april 2002), <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR51/053/2002> (2 december 2014).

Amnesty International, 'USA: Human dignity denied: Torture and accountability in the "war on terror"' (versie 27 oktober 2004), <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/145/2004/en/b6ab0f58-d570-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/amr511452004en.html> (27 augustus 2014).

Bash, D., en J. McIntyre, 'Bush: 'I have never ordered torture'' (versie 23 juni 2004), <http://edition.cnn.com/2004/ALLPOLITICS/06/22/prisoner.memos/index.html?iref=allsearch> (27 augustus 2014).

BBC News, 'In pictures: Camp X-Ray prisoners' (versie 20 januari 2002), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1771816.stm> (21 juli 2014).

BBC News Online, 'E.U. Presses U.S. on Prisoner Rights' (versie 21 januari 2002), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1774237.stm> (24 februari 2014).

Bianchi, A., *Enforcing International Law Norms Against Terrorism* (Oxford 2004)

Blocher, J., 'Combatant Status Review Tribunals: Flawed Answers to the Wrong Question', *Yale Law Journal* 116 (2006) 667-674.

Blocher, J., 'The Guantánamo Three-Step' (versie 4 juli 2007), <http://www.yalelawjournal.org/forum/the-Guantánamo-three-step> (16 september 2014).

Borger, J., 'Supreme court blow for Bush on Guantánamo. Right to challenge detentions is upheld by 6-3' (versie 29 juni 2004), <http://www.theguardian.com/world/2004/jun/29/Guantánamo.politpol> (30 september 2014).

Bravin, J., 'Pentagon Report Set Framework For Use of Torture' (versie 7 juni 2004), <http://online.wsj.com/articles/SB108655737612529969> (27 augustus 2004).

Bush, G., 'Text of order signed by President Bush on Februari 7, 2002, outlining treatment of al-Qaida and Taliban detainees' (versie 7 februari 2002), [http://lawofwar.org/Bush\\_torture\\_memo.htm](http://lawofwar.org/Bush_torture_memo.htm) (26 februari 2014).

Bush, G., 'We are fighting to win – And we will win' (versie 7 december 2001), <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/12/20011207.html> (14 april 2014).

Bush, G., 'Adress to the Nation' (versie 20 september 2001), <http://www.presidentialrhetoric.com/speeches/09.20.01.html> (9 april 2014).

Bush, G., 'National Day Of Prayer And Remembrance Service, The National Cathedral, Washington, D.C (versie 14 September 2001), [http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected\\_Speeches\\_George\\_W\\_Bush.pdf](http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf) (2 mei 2014)

Bush, G., 'Address To The Joint Session Of The 107th Congress' (versie 20 september 2001), [http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected\\_Speeches\\_George\\_W\\_Bush.pdf](http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf) (17 september 2014).

Bush, G., 'Remarks in a Meeting With the National Security Team and an Exchange With Reporters at Camp David, Maryland' (versie 15 september 2001), <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=63199&st=terrorism&st1> (9 april 2014).

Bush, G., 'Bush on Security Efforts', (versie 12 september 2001), [http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/transcripts/bushtext\\_091201.html](http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/transcripts/bushtext_091201.html) (14 augustus 2014).

Butler, C. (ed.), *Guantánamo Bay and the Judicial-Moral Treatment of the Other* (West Lafayette 2007).

Caseldine-Bracht, J., 'Security, Civil Liberties, and Human Rights: Finding a Balance', in: C. Butler (ed.), *Guantánamo Bay and the Judicial-Moral Treatment of the Other* (West Lafayette 2007) 52-65.

CBC News, 'Liberal MP wants guarantees on rights of Afghan prisoners' (versie 22 januari 2002), <http://www.cbc.ca/news/canada/liberal-mp-wants-guarantees-on-rights-of-afghan-prisoners-1.352032> (20 juli 2014).

Childs, N., 'Guantánamo Controversy Rumbles on' (versie 18 oktober 2004), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3754238.stm> (versie 28 augustus 2004).

Chlopak, E., 'Dealing with the Detainees at Guantánamo Bay: Humanitarian and Human Rights Obligations under the Geneva Conventions', *Human Rights Brief* 9 (2002) 6-9.

Clary, M., 'Haitians in Cuba: a Dilemma for Clinton : Detention: Nearly 200 refugees, most with HIV, are still at Guantánamo base but cannot legally be allowed into U.S.', *Los Angeles Times*, 17 april 1993.

Cloud, S., C. Robbins en G. Jaffè, 'Red Cross Found Widespread Abuse of Iraqi Prisoners' (versie 7 mei 2004), <http://online.wsj.com/articles/SB108384106459803859> (27 augustus 2014).

CNN, 'Bush says no POW status for detainees', (versie 28 januari 2002) <http://edition.cnn.com/2002/US/01/28/ret.wh.detainees/> (17 februari 2014).

Cornell University Law School, 'RASUL V. BUSH (03-334) 542 U.S. 466 (2004) 321 F.3d 1134, reversed and remanded.' (versie 10 oktober 2014), <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html/> (10 oktober 2014).

Council of Europe Publishing, *Guantánamo: A Violation of Human Rights and International Law?* (Strasbourg Cedex 2007).

Cornwell, R., 'Guantánamo Bay: Just Retribution Or An Abuse Of Human Rights? A Big Question, With Only One Answer', *The Independent*, 18 januari 2002, 5.

Danner, A., 'Defining Unlawful Enemy Combatants: A Centripetal Story', *Texas International Law Journal* 43 (2007) 1-14.

Davis, M., 'Historical Perspective on Guantánamo Bay: The Arrival of the High Value Detainees', *Case Western Reserve Journal of International Law* 42 (2010) 115-124.

Deputy Secretary of State, 'Memorandum for Secretaries of the Military Departments Chairman of the Joint Chiefs of Staff Under Secretary of Defense For Policy, Combatant

Status Review Tribunal Process' (versie 14 juli 2006),  
<http://www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedures.pdf> (20 februari 2014).

Dimitriu, G., 'Ongeoorloofde persiemiddelen tijdens ondervraging in extreme situaties. Moraliteit, effectiviteit en efficiëntie', *Militaire Spectator* 5 (2009) 274-290.

Dörmann, K., 'The Legal Situation of "Unlawful/Unprivileged Combatants"', *International Review of the Red Cross* 849 (2003) 45-74.

Dougherty, K., 'Colonel in Charge of Interrogators is Punished in Abu Ghraib Scandal' (versie 12 mei 2005),  
[http://www.military.com/NewContent/0,13190,SS\\_051205\\_Abu,00.html](http://www.military.com/NewContent/0,13190,SS_051205_Abu,00.html) (25 augustus 2014).

Durland, W., 'American Treatment of Detainees and the U.S. Supreme Court', in: C. Butler (ed.), *Guantánamo Bay and the Judicial-Moral Treatment of the Other* (West Lafayette 2007) 33-51.

Ehrenberg, J., (e.a.), *The Iraq Papers* (New York 2010).

Elliott, M., 'Welcome to Camp X-Ray' (versie 22 januari 2002),  
<http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,195299,00.html> (versie 21 juli 2014).

Erlanger, S., 'Europeans Fault U.S. as Arrogant on Detainees', *International Herald Tribune*, 24 januari 2002.

Finnemore, M., *National Interest in International Society* (Ithaca 1996).

Franks, T., 'US public unmoved by camp conditions' (versie 18 januari 2002),  
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1767227.stm> (21 juli 2014).

Frontline, 'Interview Rick Baccus' (versie 25 augustus 2005),  
<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/torture/interviews/baccus.html> (17 maart 2014).

Gambetta, D., 'Reason and Terror, Has 9,11 made it hard to think straight?' (versie 14 april 20014), <http://bostonreview.net/archives/BR29.2/gambetta.html> (14 april 2014).

Gardiner, B., 'Guantánamo prisoner photos stir controversy in Britain', *BC Cycle The Associated Press International*, 20 januari 2002.

Geerdink, J., 'Amerika ontwijkt met reden Geneefse Conventie' (versie 28 januari 2002),  
<http://www.volkscrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/635030/2002/01/28/Amerika-ontwijkt-met-reden-Geneefse-Conventie.dhtml> (18 december 2014).

Geneva Academy of International Humanitarian Law, 'United States of America. International treaties adherence', [http://www.geneva-academy.ch/RULAC/international\\_treaties.php?id\\_state=64](http://www.geneva-academy.ch/RULAC/international_treaties.php?id_state=64) (20 februari 2014).

Genugten, W. van, F. Grünfeld en D. Leurdijk, 'Internationale Rechtshandhaving', in: Horbach, N.; Lefeër, R.; Ribbelink, O. (ed.), *Handboek Internationaal Recht* (Den Haag 2007) 385-436, 386-389.

Golden, T., 'After Terror, a Secret Rewriting of Military Law' (versie 24 oktober 2004), <http://www.kuwaitifreedom.org/media/pdf/After%20Terror%20a%20Secret%20Rewriting%20of%20Military%20Law.pdf> (11 september 2014).

Goldenberg, S., 'Former Guantánamo chief clashed with army interrogators. General's sacking cleared way for Pentagon to rewrite rules' (versie 19 mei 2004), <http://www.theguardian.com/world/2004/may/19/iraq.Guantánamo> (25 maart 2014).

Goldman, A., 'The hidden history of the CIA's secret prison in Poland', (versie 23 januari 2014) [http://www.washingtonpost.com/world/national-security/the-hidden-history-of-the-cias-prison-in-poland/2014/01/23/b77f6ea2-7c6f-11e3-95c6-0a7aa80874bc\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/national-security/the-hidden-history-of-the-cias-prison-in-poland/2014/01/23/b77f6ea2-7c6f-11e3-95c6-0a7aa80874bc_story.html) (25 augustus 2014).

Gordon, A., 'Abu Ghraib: imprisonment and the war on terror', *Race Class* 48 (2006) 42-59.

Gourley L., 'Abu Ghraib Prisoners Were Not Tortured!', *Edmond Life and Leisure* 5 (51), in: M. Tétreault, 'The Sexual Politics of Abu Ghraib: Hegemony, Spectacle, and the Global War on Terror', *NWSA Journal* 18 (2006) 33-50.

Hajjar, L., 'From Nuremberg to Guantánamo: International Law and American Power Politics', *Middle East Report* 229 (2003) 8-15.

Harbury, K., *Truth, Torture, and the American Way. The History and Consequences of U.S. Involvement in Torture* (Boston 2005).

Harper, T., ' 'We do not condone torture,' Bush says', *The Toronto Star*, 23 juni 2004.

Hersh, S., 'Torture at Abu Ghraib' (versie 20 mei 2004) <http://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib> (25 augustus 2014).

Hickman, J., *Selling Guantánamo: Exploding the Propaganda Surrounding America's Most Notorious Military Prison* (Gainesville 2013).

Hodges, A., *The "War on Terror" Narrative. Discourse and Intertextuality in the Construction and Contestation of Sociopolitical Reality* (Oxford 2011)

Hooks, G. en Mosher, C., 'Outrages Against Personal Dignity: Rationalizing Abuse and Torture in the War on Terror', *Social Forces* 83 (2005) 1627-1645.

Human Rights Watch, 'United States: Reports of Torture of Al-Qaeda Suspects' (versie 27 december 2002), <http://www.hrw.org/news/2002/12/26/united-states-reports-torture-al-qaeda-suspects> (2 december 2014).

Human Rights Watch, 'The Road to Abu Ghraib', (juni 2004) <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa0604.pdf> (26 februar 2014), 1.



- Human Rights Watch, 'US: Landmark Supreme Court Ruling on Detainees. Guantánamo Inmates Have Right to Challenge Detention' (versie 13 juni 2008), <http://www.hrw.org/news/2008/06/12/us-landmark-supreme-court-ruling-detainees> (11 september 2014).
- Jehl, D. and A. Elliott, 'Cuba base sent its interrogators to Iraqi prison' (versie 29 mei 2004), <http://www.nytimes.com/2004/05/29/international/middleeast/29ABUS.html> (26 februar 2014).
- Karpinski, J., 'I was a woman in a warrior's world' (versie 11 oktober 2005), <http://www.theguardian.com/world/2005/oct/11/iraq.biography> (25 augustus 2014).
- Keohane, D., 'The Absent Friend: EU Foreign Policy and Counter-Terrorism', *Journal of Common Market Studies* 46 (2008) 125-146.
- Layne, C., 'The unbearable lightness of soft power', in: M. Cox en I. Parmar (ed.), *Soft power and US foreign policy, theoretical, historical and contemporary perspectives* (New York 2010) 51-82.
- Mallick, H., 'The heart of darkness beats clear and steady in Guantánamo Bay', *Toronto Globe and Mail*, 26 januari 2002.
- Nye, J., *Understanding International Conflicts. An Introduction to Theory and History* (New York 2009)
- Peal, R., 'Combatant Status Review Tribunals and the Unique Nature of the War on Terror', *Vanderbilt Law Review* 58 (2005) 1629-1670.
- Philpott, D., *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations* (Princeton 2001).
- Priest, D., 'CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons' (versie 2 november 2005), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/01/AR2005110101644.html> (25 augustus 2014).
- Priest, D., en R. Smith, 'Memo Offered Justification for Use of Torture' (versie 8 juni 2004), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23373-2004Jun7.html> (28 augustus 2004).
- Ratner, M., 'How We Closed the Guantánamo HIV Camp: The Intersection of Politics and Litigation', *Harvard Human Rights Journal* 11 (1998) 187-220.
- Reynolds, N., *A Skilfull Show of Strength. U.S. Marines in the Caribbean 1991-1996* (Washington 2003)
- Rose, D., *Guantánamo. America's War on Human Rights* (Londen 2004).
- Rosenbach, E., 'Interrogations and Intelligence', in: E. Rosenbach en A. Peritz, *Confrontation or Collaboration? Congress and the Intelligence Community* (Cambridge 2009) 62-67.

Rosin, H., 'When Joseph Comes Marching Home, In a Western Maryland Town, Ambivalence About the Son Who Blew the Whistle at Abu Ghraib' (versie 17 mei 2004), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A32048-2004May16.html> (30 september 2014).

Rotunda, K., 'Applying Geneva Convention Principles to Guantánamo Bay', *University of Richmond Law Review* 43 (2009)1067-1090.

Sassòli, M., 'The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law', *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), 96-1005

Schlafly, P., 'Equality For Women In Our Military' (versie 19 maart 2004), <http://www.eagleforum.org/column/2004/may04/04-05-19.html> (25 augustus 2014).

Sherman, E., 'Obama Administration Positions in the Aftermath of the Supreme Court's Rejection of the Bush Administration's Detention Policies at Guantánamo', *Military Law and the Law of War Review* 48 (2009) 401-446, 406.

Silliman, S., 'On Military Commissions', *Case Western Reserve Journal of International Law* 36 (2004) 529-540.

Stafford Smith, C., *Bad Men: Guantánamo Bay And The Secret Prisons* (Londen 2007).

Steyn, J., 'Guantánamo Bay: The Legal Black Hole', *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004) 1-15.

Strauss, M., 'The Creation and Evolution of the Legal Black Hole at Guantánamo Bay', *Cuba in Transition* 20 (2010) 286-293.

Sturken, M., 'Comfort, irony and trivialization: The mediation of torture', *International Journal of Cultural Studies* 14 (2011) 243-440.

Tabor, M., 'Judge Orders The Release Of Haitians', *The New York Times*, 9 juni 1993.

Tétreault, M., 'The Sexual Politics of Abu Ghraib: Hegemony, Spectacle, and the Global War on Terror', *NWSA Journal* 18 (2006) 33-50.

The Constitution Project, *The Report of The Constitution Project's Task Force on Detainee Treatment* (Washington 2013).

The International Committee of the Red Cross, 'First ICRC visit to Guantánamo Bay prison camp' (versie 18 januari 2002), <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jrk6.htm> (18 december 2014).

The International Committee of the Red Cross, 'The Geneva Conventions' (versie 19-2-2014) <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/> (19-2-2014).

Tucker B., en S. Triantafyllos, 'Lynndie England, Abu Ghraib, and the New Imperialism', *Canadian Review of American Studies* 38 (2008), 83-100.

International Committee of the Red Cross, 'Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq During Arrest, Internment and Interrogation' (versie 12 mei 2004), <http://cryptome.org/icrc-report.htm#3.1> Methods of Ill-Treatment (27 augustus 2014).

The Guardian, 'Blair: Guantánamo is an anomaly', (17 februari 2006), <http://www.theguardian.com/uk/2006/feb/17/politics.Guantánamo> (versie 24 februari 2014).

The Guardian, 'George Bush's Atlanta speech' (versie 9 november 2002), <http://www.theguardian.com/world/2001/nov/09/afghanistan.terrorism6> (18 december 2014).

The New York Times, 'Red Cross Finds Detainee Abuse in Guantánamo' (versie 30 november 2004), [http://www.nytimes.com/2004/11/30/politics/30gitmo.html?pagewanted=1&\\_r=4&ei=5088&en=825flaa04c65241f&ex=1259470800&partner=rssnyt](http://www.nytimes.com/2004/11/30/politics/30gitmo.html?pagewanted=1&_r=4&ei=5088&en=825flaa04c65241f&ex=1259470800&partner=rssnyt) (28 augustus 2014).

Trouw, 'Bush verzacht standpunt' (versie 30 januari 2002), <http://www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/archief/article/detail/2792077/2002/01/30/Bush-verzacht-standpunt.dhtml> (12 juli 2014).

Lanting, B., 'Bin Laden spreekt vol trots over aanslagen'(versie 14 december 2001), <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/605551/2001/12/14/Bin-Laden-spreekt-vol-trots-over-aanslagen.dhtml> (22 februari 2014).

Lehmann, N., 'The War on What? The White House and the Debate About Whom to Fight Next' (versie 9 september 2002), <https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/bush/lehmann.htm> (14 april 2014).

Lewis, N., 'Red Cross Criticizes Indefinite Detention In Guantánamo Bay'(versie 10 oktober 2003), <http://humanrights.ucdavis.edu/projects/the-Guantánamo-testimonials-project/testimonies/testimonies-of-the-red-cross/index> (18 december 2014).

Military Order, 'Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism' (versie 13 November 2001), <http://www.law.cornell.edu/backgound/warpower/fr1665.pdf> (20 februari 2014).

Paulos, J., 'Who's Counting: Cheney's One Percent Doctrine' (versie 2 juli 2006), <http://abcnews.go.com/Technology/story?id=2120605> (1 maart 2015).

Reagan, R., 'Address to the National Association of Evangelicals' (versie 8 maart 1983), <http://voicesofdemocracy.umd.edu/reagan-evil-empire-speech-text/> (14 augustus 2014).

Rose, D., 'The real truth about Camp Delta' (versie 3 oktober 2004), <http://www.theguardian.com/world/2004/oct/03/bookextracts.usa> (24 februari 2014).

Saad, L., 'Few Americans Object to Treatment of Guantánamo Bay Captives, Three in four say it's "acceptable"' (versie 7 februari 2002),

<http://www.gallup.com/poll/5302/few-americans-object-treatment-Guantánamo-bay-captives.aspx> (22 juli 2014).

Seelye, K., 'Bush Reconsiders Stand on Treating Captives of War' (versie 29 januari 2009), <http://www.nytimes.com/2002/01/29/international/americas/29DETA.html> (19 februari 2014).

The Washington Post, 'A System of Abuse', 5 mei 2004.

Trouw, 'Bush verzacht standpunt' (versie 30 januari 2002), <http://www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/archief/article/detail/2792077/2002/01/30/Bush-verzacht-standpunt.dhtml> (20 juli 2014).

Viola, E., 'Joint Task Force Guantánamo: Then and Now' (versie 10 januari 2003), <http://ufdcimages.uflib.ufl.edu/UF/00/09/86/20/00085/01-10-2003.pdf> (25 maart 2014).

Vogel, S., 'Prisoner Flights to Cuba on Hold; Potential Overcrowding and International Criticism Cited', *The Washington Post*, 24 januari 2002, 1.

White, J., 'Abu Ghraib Tactics Were First Used at Guantánamo' (versie 14 juli 2005), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/13/AR2005071302380.html> (15 maart 2014).

Wouters, J., H. Panken en A. Van den Berghe, 'Ondergraaft Amerika zelf de westerse waarden?' (versie 19 januari 2002), <https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/159915/1/Ondergraaft+Amerika+zelf+de+westerse+waarden.pdf> (21 juli 2014).

Worthington, A., 'Transcript Of President Obama's Speech About Guantánamo And Terrorism' (versie 21 mei 2009), <http://www.andyworthington.co.uk/2009/05/21/transcript-of-president-obamas-speech-about-Guantánamo-and-terrorism-may-21-2009/#sthash.68KvDnPh.dpuf> (18 februari 2014).

Yin, T., "'Anything but Bush?': The Obama Administration and Guantánamo Bay", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34 (2011) 453-492.

# Bijlagen

---

## **Bijlage 1**

Memorandum gericht aan president Bush, afkomstig van Alberto Gonzales (25 januari 2002).

## **Bijlage 2**

Memorandum gericht aan Alberto Gonzales, afkomstig van Jay Bybee (1 augustus 2002).

## **Bijlage 3**

Memorandum gericht aan de Commander Joint Task Force 170, afkomstig van Diane Beaver (11 oktober 2002).

January 25, 2002

DRAFT  
1/25/2002 - 3:30 pm

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.

NO. 656 P. 5/5

4

4



U.S. Department of Justice

Office of Legal Counsel

Office of the Assistant Attorney General

Washington, D.C. 20530

August 1, 2002

**Memorandum for Alberto R. Gonzales  
Counsel to the President**

*Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A*

You have asked for our Office's views regarding the standards of conduct under the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment as implemented by Sections 2340–2340A of title 18 of the United States Code. As we understand it, this question has arisen in the context of the conduct of interrogations outside of the United States. We conclude below that Section 2340A proscribes acts inflicting, and that are specifically intended to inflict, severe pain or suffering, whether mental or physical. Those acts must be of an extreme nature to rise to the level of torture within the meaning of Section 2340A and the Convention. We further conclude that certain acts may be cruel, inhuman, or degrading, but still not produce pain and suffering of the requisite intensity to fall within Section 2340A's proscription against torture. We conclude by examining possible defenses that would negate any claim that certain interrogation methods violate the statute.

In Part I, we examine the criminal statute's text and history. We conclude that for an act to constitute torture as defined in Section 2340, it must inflict pain that is difficult to endure. Physical pain amounting to torture must be equivalent in intensity to the pain accompanying serious physical injury, such as organ failure, impairment of bodily function, or even death. For purely mental pain or suffering to amount to torture under Section 2340, it must result in significant psychological harm of significant duration, e.g., lasting for months or even years. We conclude that the mental harm also must result from one of the predicate acts listed in the statute, namely: threats of imminent death; threats of infliction of the kind of pain that would amount to physical torture; infliction of such physical pain as a means of psychological torture; use of drugs or other procedures designed to deeply disrupt the senses, or fundamentally alter an individual's personality; or threatening to do any of these things to a third party. The legislative history simply reveals that Congress intended for the statute's definition to track the Convention's definition of torture and the reservations, understandings, and declarations that the United States submitted with its ratification. We conclude that the statute, taken as a whole, makes plain that it prohibits only extreme acts.

In Part II, we examine the text, ratification history, and negotiating history of the Torture Convention. We conclude that the treaty's text prohibits only the most extreme

acts by reserving criminal penalties solely for torture and declining to require such penalties for “cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.” This confirms our view that the criminal statute penalizes only the most egregious conduct. Executive branch interpretations and representations to the Senate at the time of ratification further confirm that the treaty was intended to reach only the most extreme conduct.

In Part III, we analyze the jurisprudence of the Torture Victims Protection Act, 28 U.S.C. § 1350 note (2000), which provides civil remedies for torture victims, to predict the standards that courts might follow in determining what actions reach the threshold of torture in the criminal context. We conclude from these cases that courts are likely to take a totality-of-the-circumstances approach, and will look to an entire course of conduct, to determine whether certain acts will violate Section 2340A. Moreover, these cases demonstrate that most often torture involves cruel and extreme physical pain. In Part IV, we examine international decisions regarding the use of sensory deprivation techniques. These cases make clear that while many of these techniques may amount to cruel, inhuman or degrading treatment, they do not produce pain or suffering of the necessary intensity to meet the definition of torture. From these decisions, we conclude that there is a wide range of such techniques that will not rise to the level of torture.

In Part V, we discuss whether Section 2340A may be unconstitutional if applied to interrogations undertaken of enemy combatants pursuant to the President’s Commander-in-Chief powers. We find that in the circumstances of the current war against al Qaeda and its allies, prosecution under Section 2340A may be barred because enforcement of the statute would represent an unconstitutional infringement of the President’s authority to conduct war. In Part VI, we discuss defenses to an allegation that an interrogation method might violate the statute. We conclude that, under the current circumstances, necessity or self-defense may justify interrogation methods that might violate Section 2340A.

## I. 18 U.S.C. §§ 2340–2340A

Section 2340A makes it a criminal offense for any person “outside the United States [to] commit[] or attempt[] to commit torture.”<sup>1</sup> Section 2340 defines the act of torture as an:

---

<sup>1</sup> 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)

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."). You have asked us to address only the elements of specific intent and the infliction of severe pain or suffering. As such, we have not addressed the elements of "outside the United States," "color of law," and "custody or control."<sup>2</sup> At your request, we would be happy to address these elements in a separate memorandum.

#### A. "Specifically Intended"

To violate Section 2340A, the statute requires that severe pain and suffering must be inflicted with specific intent. *See* 18 U.S.C. § 2340(1). In order for a defendant to have acted with specific intent, he must expressly intend to achieve the forbidden act. *See United States v. Carter*, 530 U.S. 255, 269 (2000); Black's Law Dictionary at 814 (7th ed. 1999) (defining specific intent as "[t]he intent to accomplish the precise criminal act that one is later charged with"). For example, in *Ratzlaf v. United States*, 510 U.S. 135, 141 (1994), the statute at issue was construed to require that the defendant act with the "specific intent to commit the crime." (Internal quotation marks and citation omitted). As a result, the defendant had to act with the express "purpose to disobey the law" in order for the *mens rea* element to be satisfied. *Ibid.* (internal quotation marks and citation omitted)

Here, because Section 2340 requires that a defendant act with the specific intent to inflict severe pain, the infliction of such pain must be the defendant's precise objective. If the statute had required only general intent, it would be sufficient to establish guilt by showing that the defendant "possessed knowledge with respect to the *actus reus* of the crime." *Carter*, 530 U.S. at 268. If the defendant acted knowing that severe pain or

---

(discussing the addition of "conspiracy" as a separate offense for a variety of "Federal terrorism offense[s]").

<sup>2</sup> We note, however, that 18 U.S.C. § 2340(3) supplies a definition of the term "United States." It defines it as "all areas under the jurisdiction of the United States including any of the places described in" 18 U.S.C. §§ 5 and 7, and in 49 U.S.C. § 46501(2). Section 5 provides that United States "includes all places and waters, continental or insular, subject to the jurisdiction of the United States." By including the definition set out in Section 7, the term "United States" as used in Section 2340(3) includes the "special maritime and territorial jurisdiction of the United States." Moreover, the incorporation by reference to Section 46501(2) extends the definition of the "United States" to "special aircraft jurisdiction of the United States."

suffering was reasonably likely to result from his actions, but no more, he would have acted only with general intent. *See id.* at 269; Black's Law Dictionary 813 (7th ed. 1999) (explaining that general intent "usu[ally] takes the form of recklessness (involving actual awareness of a risk and the culpable taking of that risk) or negligence (involving blameworthy inadvertence)"). The Supreme Court has used the following example to illustrate the difference between these two mental states:

[A] person entered a bank and took money from a teller at gunpoint, but deliberately failed to make a quick getaway from the bank in the hope of being arrested so that he would be returned to prison and treated for alcoholism. Though this defendant knowingly engaged in the acts of using force and taking money (satisfying "general intent"), he did not intend permanently to deprive the bank of its possession of the money (failing to satisfy "specific intent").

*Carter*, 530 U.S. at 268 (citing 1 W. LaFave & A. Scott, Substantive Criminal Law § 3.5, at 315 (1986)).

As a theoretical matter, therefore, knowledge alone that a particular result is certain to occur does not constitute specific intent. As the Supreme Court explained in the context of murder, "the . . . common law of homicide distinguishes . . . between a person who knows that another person will be killed as a result of his conduct and a person who acts with the specific purpose of taking another's life[.]" *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 405 (1980). "Put differently, the law distinguishes actions taken 'because of' a given end from actions taken 'in spite of their unintended but foreseen consequences.'" *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793, 802–03 (1997). Thus, even if the defendant knows that severe pain will result from his actions, if causing such harm is not his objective, he lacks the requisite specific intent even though the defendant did not act in good faith. Instead, a defendant is guilty of torture only if he acts with the express purpose of inflicting severe pain or suffering on a person within his custody or physical control. While as a theoretical matter such knowledge does not constitute specific intent, juries are permitted to infer from the factual circumstances that such intent is present. *See, e.g., United States v. Godwin*, 272 F.3d 659, 666 (4th Cir. 2001); *United States v. Karro*, 257 F.3d 112, 118 (2d Cir. 2001); *United States v. Wood*, 207 F.3d 1222, 1232 (10th Cir. 2000); *Henderson v. United States*, 202 F.2d 400, 403 (6th Cir.1953). Therefore, when a defendant knows that his actions will produce the prohibited result, a jury will in all likelihood conclude that the defendant acted with specific intent.

Further, a showing that an individual acted with a good faith belief that his conduct would not produce the result that the law prohibits negates specific intent. *See, e.g., South Atl. Lmt'd. Ptrshp. of Tenn. v. Reise*, 218 F.3d 518, 531 (4th Cir. 2002). Where a defendant acts in good faith, he acts with an honest belief that he has not engaged in the proscribed conduct. *See Cheek v. United States*, 498 U.S. 192, 202 (1991); *United States v. Mancuso*, 42 F.3d 836, 837 (4th Cir. 1994). For example, in the context of mail fraud, if an individual honestly believes that the material transmitted is truthful, he has not acted with the required intent to deceive or mislead. *See, e.g., United States v. Sayakhom*, 186

F.3d 928, 939–40 (9th Cir. 1999). A good faith belief need not be a reasonable one. *See Cheek*, 498 U.S. at 202.

Although a defendant theoretically could hold an unreasonable belief that his acts would not constitute the actions prohibited by the statute, even though they would as a certainty produce the prohibited effects, as a matter of practice in the federal criminal justice system it is highly unlikely that a jury would acquit in such a situation. Where a defendant holds an unreasonable belief, he will confront the problem of proving to the jury that he actually held that belief. As the Supreme Court noted in *Cheek*, “the more unreasonable the asserted beliefs or misunderstandings are, the more likely the jury . . . will find that the Government has carried its burden of proving” intent. *Id.* at 203–04. As we explained above, a jury will be permitted to infer that the defendant held the requisite specific intent. As a matter of proof, therefore, a good faith defense will prove more compelling when a reasonable basis exists for the defendant’s belief.

## **B. “Severe Pain or Suffering”**

The key statutory phrase in the definition of torture is the statement that acts amount to torture if they cause “severe physical or mental pain or suffering.” In examining the meaning of a statute, its text must be the starting point. *See INS v. Phinpathya*, 464 U.S. 183, 189 (1984) (“This Court has noted on numerous occasions that in all cases involving statutory construction, our starting point must be the language employed by Congress, . . . and we assume that the legislative purpose is expressed by the ordinary meaning of the words used.”) (internal quotations and citations omitted). Section 2340 makes plain that the infliction of pain or suffering per se, whether it is physical or mental, is insufficient to amount to torture. Instead, the text provides that pain or suffering must be “severe.” The statute does not, however, define the term “severe.” “In the absence of such a definition, we construe a statutory term in accordance with its ordinary or natural meaning.” *FDIC v. Meyer*, 510 U.S. 471, 476 (1994). The dictionary defines “severe” as “[u]nsparing in exaction, punishment, or censure” or “[I]nflicting discomfort or pain hard to endure; sharp; afflictive; distressing; violent; extreme; as *severe* pain, anguish, torture.” Webster’s New International Dictionary 2295 (2d ed. 1935); *see* American Heritage Dictionary of the English Language 1653 (3d ed. 1992) (“extremely violent or grievous: *severe* pain”) (emphasis in original); IX The Oxford English Dictionary 572 (1978) (“Of pain, suffering, loss, or the like: Grievous, extreme” and “of circumstances . . . : hard to sustain or endure”). Thus, the adjective “severe” conveys that the pain or suffering must be of such a high level of intensity that the pain is difficult for the subject to endure.

Congress’s use of the phrase “severe pain” elsewhere in the United States Code can shed more light on its meaning. *See, e.g., West Va. Univ. Hosps., Inc. v. Casey*, 499 U.S. 83, 100 (1991) (“[W]e construe [a statutory term] to contain that permissible meaning which fits most logically and comfortably into the body of both previously and subsequently enacted law.”). Significantly, the phrase “severe pain” appears in statutes defining an emergency medical condition for the purpose of providing health benefits. *See, e.g.,* 8 U.S.C. § 1369 (2000); 42 U.S.C. § 1395w-22 (2000); *id.* § 1395x (2000); *id.* §

1395dd (2000); *id.* § 1396b (2000); *id.* § 1396u-2 (2000). These statutes define an emergency condition as one “manifesting itself by acute symptoms of sufficient severity (including *severe pain*) such that a prudent lay person, who possesses an average knowledge of health and medicine, could reasonably expect the absence of immediate medical attention to result in—placing the health of the individual . . . (i) in serious jeopardy, (ii) serious impairment to bodily functions, or (iii) serious dysfunction of any bodily organ or part.” *Id.* § 1395w-22(d)(3)(B) (emphasis added). Although these statutes address a substantially different subject from Section 2340, they are nonetheless helpful for understanding what constitutes severe physical pain. They treat severe pain as an indicator of ailments that are likely to result in permanent and serious physical damage in the absence of immediate medical treatment. Such damage must rise to the level of death, organ failure, or the permanent impairment of a significant body function. These statutes suggest that “severe pain,” as used in Section 2340, must rise to a similarly high level—the level that would ordinarily be associated with a sufficiently serious physical condition or injury such as death, organ failure, or serious impairment of body functions—in order to constitute torture.<sup>3</sup>

### C. “Severe mental pain or suffering”

Section 2340 gives further guidance as to the meaning of “severe mental pain or suffering,” as distinguished from severe physical pain and suffering. The statute 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

---

<sup>3</sup> One might argue that because the statute uses “or” rather than “and” in the phrase “pain or suffering” that “severe physical suffering” is a concept distinct from “severe physical pain.” We believe the better view of the statutory text is, however, that they are not distinct concepts. The statute does not define “severe mental pain” and “severe mental suffering” separately. Instead, it gives the phrase “severe mental pain or suffering” a single definition. Because “pain or suffering” is single concept for the purposes of “severe mental pain or suffering,” it should likewise be read as a single concept for the purposes of severe physical pain or suffering. Moreover, dictionaries define the words “pain” and “suffering” in terms of each other. *Compare, e.g.,* Webster’s Third New International Dictionary 2284 (1993) (defining suffering as “the endurance of . . . pain” or “a pain endured”); Webster’s Third New International Dictionary 2284 (1986) (same); XVII The Oxford English Dictionary 125 (2d ed. 1989) (defining suffering as “the bearing or undergoing of pain”); *with, e.g.,* Random House Webster’s Unabridged Dictionary 1394 (2d ed. 1999) (defining “pain” as “physical suffering”); The American Heritage Dictionary of the English Language 942 (College ed. 1976) (defining pain as “suffering or distress”). Further, even if we were to read the infliction of severe physical suffering as distinct from severe physical pain, it is difficult to conceive of such suffering that would not involve severe physical pain. Accordingly, we conclude that “pain or suffering” is a single concept within the definition of Section 2340.

(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). In order to prove “severe mental pain or suffering,” the statute requires proof of “prolonged mental harm” that was caused by or resulted from one of four enumerated acts. We consider each of these elements.

1. “Prolonged Mental Harm”

As an initial matter, Section 2340(2) requires that the severe mental pain must be evidenced by “prolonged mental harm.” To prolong is to “lengthen in time” or to “extend the duration of, to draw out.” Webster’s Third New International Dictionary 1815 (1988); Webster’s New International Dictionary 1980 (2d ed. 1935). Accordingly, “prolong” adds a temporal dimension to the harm to the individual, namely, that the harm must be one that is endured over some period of time. Put another way, the acts giving rise to the harm must cause some lasting, though not necessarily permanent, damage. For example, the mental strain experienced by an individual during a lengthy and intense interrogation—such as one that state or local police might conduct upon a criminal suspect—would not violate Section 2340(2). On the other hand, the development of a mental disorder such as posttraumatic stress disorder, which can last months or even years, or even chronic depression, which also can last for a considerable period of time if untreated, might satisfy the prolonged harm requirement. See American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* 426, 439–45 (4th ed. 1994) (“DSM-IV”). See also Craig Haney & Mona Lynch, *Regulating Prisons of the Future: A Psychological Analysis of Supermax and Solitary Confinement*, 23 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 477, 509 (1997) (noting that posttraumatic stress disorder is frequently found in torture victims); cf. Sana Loue, *Immigration Law and Health* § 10:46 (2001) (recommending evaluating for post-traumatic stress disorder immigrant-client who has experienced torture).<sup>4</sup> By contrast to “severe pain,” the phrase “prolonged mental harm” appears nowhere else in the U.S. Code nor does it appear in relevant medical literature or international human rights reports.

---

<sup>4</sup> The DSM-IV explains that posttraumatic disorder (“PTSD”) is brought on by exposure to traumatic events, such as serious physical injury or witnessing the deaths of others and during those events the individual felt “intense fear” or “horror.” *Id.* at 424. Those suffering from this disorder reexperience the trauma through, *inter alia*, “recurrent and intrusive distressing recollections of the event,” “recurrent distressing dreams of the event,” or “intense psychological distress at exposure to internal or external cues that symbolize or resemble an aspect of the traumatic event.” *Id.* at 428. Additionally, a person with PTSD “[p]ersistent[ly]” avoids stimuli associated with the trauma, including avoiding conversations about the trauma, places that stimulate recollections about the trauma; and they experience a numbing of general responsiveness, such as a “restricted range of affect (e.g., unable to have loving feelings),” and “the feeling of detachment or estrangement from others.” *Ibid.* Finally, an individual with PTSD has “[p]ersistent symptoms of increased arousal,” as evidenced by “irritability or outbursts of anger,” “hypervigilance,” “exaggerated startle response,” and difficulty sleeping or concentrating. *Ibid.*



Not only must the mental harm be prolonged to amount to severe mental pain and suffering, but also it must be caused by or result from one of the acts listed in the statute. In the absence of a catchall provision, the most natural reading of the predicate acts listed in Section 2340(2)(A)–(D) is that Congress intended it to be exhaustive. In other words, other acts not included within Section 2340(2)'s enumeration are not within the statutory prohibition. See *Leatherman v. Tarrant County Narcotics Intelligence & Coordination Unit*, 507 U.S. 163, 168 (1993) (“*Expressio unius est exclusio alterius.*”); Norman Singer, 2A Sutherland on Statutory Construction § 47.23 (6th ed. 2000) (“[W]here a form of conduct, the manner of its performance and operation, and the persons and things to which it refers are designated, there is an inference that all omissions should be understood as exclusions.”) (footnotes omitted). We conclude that torture within the meaning of the statute requires the specific intent to cause prolonged mental harm by one of the acts listed in Section 2340(2).

A defendant must specifically intend to cause prolonged mental harm for the defendant to have committed torture. It could be argued that a defendant needs to have specific intent only to commit the predicate acts that give rise to prolonged mental harm. Under that view, so long as the defendant specifically intended to, for example, threaten a victim with imminent death, he would have had sufficient *mens rea* for a conviction. According to this view, it would be further necessary for a conviction to show only that the victim factually suffered prolonged mental harm, rather than that the defendant intended to cause it. We believe that this approach is contrary to the text of the statute. The statute requires that the defendant specifically intend to inflict severe mental pain or suffering. Because the statute requires this mental state with respect to the infliction of severe mental pain, and because it expressly defines severe mental pain in terms of prolonged mental harm, that mental state must be present with respect to prolonged mental harm. To read the statute otherwise would read the phrase “the prolonged mental harm caused by or resulting from” out of the definition of “severe mental pain or suffering.”

A defendant could negate a showing of specific intent to cause severe mental pain or suffering by showing that he had acted in good faith that his conduct would not amount to the acts prohibited by the statute. Thus, if a defendant has a good faith belief that his actions will not result in prolonged mental harm, he lacks the mental state necessary for his actions to constitute torture. A defendant could show that he acted in good faith by taking such steps as surveying professional literature, consulting with experts, or reviewing evidence gained from past experience. See, e.g., *Ratzlaf*, 510 U.S. at 142 n.10 (noting that where the statute required that the defendant act with the specific intent to violate the law, the specific intent element “might be negated by, e.g., proof that defendant relied in good faith on advice of counsel.”) (citations omitted). All of these steps would show that he has drawn on the relevant body of knowledge concerning the result proscribed that the statute, namely prolonged mental harm. Because the presence of good faith would negate the specific intent element of torture, it is a complete defense to such a charge. See, e.g., *United States v. Wall*, 130 F.3d 739, 746 (6th Cir. 1997); *United States v. Casperson*, 773 F.2d 216, 222–23 (8th Cir.1985).

## 2. *Harm Caused By Or Resulting From Predicate Acts*

Section 2340(2) sets forth four basic categories of predicate acts. First in the list is the “intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering.” This might at first appear superfluous because the statute already provides that the infliction of severe physical pain or suffering can amount to torture. This provision, however, actually captures the infliction of physical pain or suffering when the defendant inflicts physical pain or suffering with general intent rather than the specific intent that is required where severe physical pain or suffering alone is the basis for the charge. Hence, this subsection reaches the infliction of severe physical pain or suffering when it is but the means of causing prolonged mental harm. Or put another way, a defendant has committed torture when he intentionally inflicts severe physical pain or suffering with the specific intent of causing prolonged mental harm. As for the acts themselves, acts that cause “severe physical pain or suffering” can satisfy this provision.

Additionally, the threat of inflicting such pain is a predicate act under the statute. A threat may be implicit or explicit. *See, e.g., United States v. Sachdev*, 279 F.3d 25, 29 (1st Cir. 2002). In criminal law, courts generally determine whether an individual’s words or actions constitute a threat by examining whether a reasonable person in the same circumstances would conclude that a threat had been made. *See, e.g., Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969) (holding that whether a statement constituted a threat against the president’s life had to be determined in light of all the surrounding circumstances); *Sachdev*, 279 F.3d at 29 (“a reasonable person in defendant’s position would perceive there to be a threat, explicit, or implicit, of physical injury”); *United States v. Khorrami*, 895 F.2d 1186, 1190 (7th Cir. 1990) (to establish that a threat was made, the statement must be made “in a context or under such circumstances wherein a reasonable person would foresee that the statement would be interpreted by those to whom the maker communicates a statement as a serious expression of an intention to inflict bodily harm upon [another individual]”) (citation and internal quotation marks omitted); *United States v. Peterson*, 483 F.2d 1222, 1230 (D.C. Cir. 1973) (perception of threat of imminent harm necessary to establish self-defense had to be “objectively reasonable in light of the surrounding circumstances”). Based on this common approach, we believe that the existence of a threat of severe pain or suffering should be assessed from the standpoint of a reasonable person in the same circumstances.

Second, Section 2340(2)(B) provides that prolonged mental harm, constituting torture, can be caused by “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.” The statute provides no further definition of what constitutes a mind-altering substance. The phrase “mind-altering substances” is found nowhere else in the U.S. Code nor is it found in dictionaries. It is, however, a commonly used synonym for drugs. *See, e.g., United States v. Kingsley*, 241 F.3d 828, 834 (6th Cir.) (referring to controlled substances as “mind-altering substance[s]”) *cert. denied*, 122 S. Ct. 137 (2001); *Hogue v. Johnson*, 131 F.3d 466, 501 (5th Cir. 1997) (referring to drugs and alcohol as “mind-altering substance[s]”), *cert. denied*, 523 U.S. 1014 (1998). In addition, the phrase appears in a number of state statutes, and the context

in which it appears confirms this understanding of the phrase. *See, e.g.*, Cal. Penal Code § 3500(c) (West Supp. 2000) (“Psychotropic drugs also include mind-altering . . . drugs . . . .”); Minn. Stat. Ann. § 260B.201(b) (West Supp. 2002) (““chemical dependency treatment”” define as programs designed to “reduc[e] the risk of the use of alcohol, drugs, or other mind-altering substances”).

This subparagraph, however, does not preclude any and all use of drugs. Instead, it prohibits the use of drugs that “disrupt profoundly the senses or the personality.” To be sure, one could argue that this phrase applies only to “other procedures,” not the application of mind-altering substances. We reject this interpretation because the terms of Section 2340(2) expressly indicate that the qualifying phrase applies to both “other procedures” and the “application of mind-altering substances.” The word “other” modifies “procedures calculated to disrupt profoundly the senses.” As an adjective, “other” indicates that the term or phrase it modifies is the remainder of several things. *See Webster’s Third New International Dictionary* 1598 (1986) (defining “other” as “the one that remains of two or more”) *Webster’s Ninth New Collegiate Dictionary* 835 (1985) (defining “other” as “being the one (as of two or more) remaining or not included”). Or put another way, “other” signals that the words to which it attaches are of the same kind, type, or class as the more specific item previously listed. Moreover, where statutes couple words or phrases together, it “denotes an intention that they should be understood in the same general sense.” Norman Singer, *2A Sutherland on Statutory Construction* § 47:16 (6th ed. 2000); *see also Beecham v. United States*, 511 U.S. 368, 371 (1994) (“That several items in a list share an attribute counsels in favor of interpreting the other items as possessing that attribute as well.”). Thus, the pairing of mind-altering substances with procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality and the use of “other” to modify “procedures” shows that the use of such substances must also cause a profound disruption of the senses or personality.

For drugs or procedures to rise to the level of “disrupt[ing] profoundly the senses or personality,” they must produce an extreme effect. And by requiring that they be “calculated” to produce such an effect, the statute requires for liability the defendant has consciously designed the acts to produce such an effect.<sup>28</sup> U.S.C. § 2340(2)(B). The word “disrupt” is defined as “to break asunder; to part forcibly; rend,” imbuing the verb with a connotation of violence. *Webster’s New International Dictionary* 753 (2d ed. 1935); *see Webster’s Third New International Dictionary* 656 (1986) (defining disrupt as “to break apart: Rupture” or “destroy the unity or wholeness of”); *IV The Oxford English Dictionary* 832 (1989) (defining disrupt as “[t]o break or burst asunder; to break in pieces; to separate forcibly”). Moreover, disruption of the senses or personality alone is insufficient to fall within the scope of this subsection; instead, that disruption must be profound. The word “profound” has a number of meanings, all of which convey a significant depth. *Webster’s New International Dictionary* 1977 (2d ed. 1935) defines profound as: “Of very great depth; extending far below the surface or top; unfathomable[;] . . . [c]oming from, reaching to, or situated at a depth or more than ordinary depth; not superficial; deep-seated; chiefly with reference to the body; as a *profound* sigh, wound, or pain[;] . . . [c]haracterized by intensity, as of feeling or quality; deeply felt or realized; as, *profound* respect, fear, or melancholy; hence, encompassing;

thoroughgoing; complete; as, *profound* sleep, silence, or ignorance.” See Webster’s Third New International Dictionary 1812 (1986) (“having very great depth: extending far below the surface . . . not superficial”). Random House Webster’s Unabridged Dictionary 1545 (2d ed. 1999) also defines profound as “originating in or penetrating to the depths of one’s being” or “pervasive or intense; thorough; complete” or “extending, situated, or originating far down, or far beneath the surface.” By requiring that the procedures and the drugs create a *profound* disruption, the statute requires more than that the acts “forcibly separate” or “rend” the senses or personality. Those acts must penetrate to the core of an individual’s ability to perceive the world around him, substantially interfering with his cognitive abilities, or fundamentally alter his personality.

The phrase “disrupt profoundly the senses or personality” is not used in mental health literature nor is it derived from elsewhere in U.S. law. Nonetheless, we think the following examples would constitute a profound disruption of the senses or personality. Such an effect might be seen in a drug-induced dementia. In such a state, the individual suffers from significant memory impairment, such as the inability to retain any new information or recall information about things previously of interest to the individual. See DSM-IV at 134.<sup>5</sup> This impairment is accompanied by one or more of the following: deterioration of language function, e.g., repeating sounds or words over and over again; impaired ability to execute simple motor activities, e.g., inability to dress or wave goodbye; “[in]ability to recognize [and identify] objects such as chairs or pencils” despite normal visual functioning; or “[d]isturbances in executive level functioning,” i.e., serious impairment of abstract thinking. *Id.* at 134–35. Similarly, we think that the onset of “brief psychotic disorder” would satisfy this standard. See *id.* at 302–03. In this disorder, the individual suffers psychotic symptoms, including among other things, delusions, hallucinations, or even a catatonic state. This can last for one day or even one month. See *id.* We likewise think that the onset of obsessive-compulsive disorder behaviors would rise to this level. Obsessions are intrusive thoughts unrelated to reality. They are not simple worries, but are repeated doubts or even “aggressive or horrific impulses.” See *id.* at 418. The DSM-IV further explains that compulsions include “repetitive behaviors (e.g., hand washing, ordering, checking)” and that “[b]y definition, [they] are either clearly excessive or are not connected in a realistic way with what they are designed to neutralize or prevent.” See *id.* Such compulsions or obsessions must be “time-consuming.” See *id.* at 419. Moreover, we think that pushing someone to the brink of suicide, particularly where the person comes from a culture with strong taboos against suicide, and it is evidenced by acts of self-mutilation, would be a sufficient disruption of the personality to constitute a “profound disruption.” These examples, of course, are in no way intended to be exhaustive list. Instead, they are merely intended to

---

<sup>5</sup> Published by the American Psychiatric Association, and written as a collaboration of over a thousand psychiatrists, the DSM-IV is commonly used in U.S. courts as a source of information regarding mental health issues and is likely to be used in trial should charges be brought that allege this predicate act. See, e.g., *Atkins v. Virginia*, 122 S. Ct. 2242, 2245 n.3 (2002); *Kansas v. Crane*, 122 S. Ct. 867, 871 (2002); *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346, 359–60 (1997); *McClellan v. Merrifield*, No. 00-CV-0120E(SC), 2002 WL 1477607 at \*2 n.7 (W.D.N.Y. June 28, 2002); *Peeples v. Coastal Office Prods.*, 203 F. Supp. 2d. 432, 439 (D. Md. 2002); *Lassiegné v. Taco Bell Corp.*, 202 F. Supp. 2d 512, 519 (E.D. La. 2002).

illustrate the sort of mental health effects that we believe would accompany an action severe enough to amount to one that “disrupt[s] profoundly the senses or the personality.”

The third predicate act listed in Section 2340(2) is threatening a prisoner with “imminent death.” 18 U.S.C. § 2340(2)(C). The plain text makes clear that a threat of death alone is insufficient; the threat must indicate that death is “imminent.” The “threat of imminent death” is found in the common law as an element of the defense of duress. *See Bailey*, 444 U.S. at 409. “[W]here Congress borrows terms of art in which are accumulated the legal tradition and meaning of centuries of practice, it presumably knows and adopts the cluster of ideas that were attached to each borrowed word in the body of learning from which it was taken and the meaning its use will convey to the judicial mind unless otherwise instructed. In such case, absence of contrary direction may be taken as satisfaction with widely accepted definitions, not as a departure from them.” *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 263 (1952). Common law cases and legislation generally define imminence as requiring that the threat be almost immediately forthcoming. 1 Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Jr., *Substantive Criminal Law* § 5.7, at 655 (1986). By contrast, threats referring vaguely to things that might happen in the future do not satisfy this immediacy requirement. *See United States v. Fiore*, 178 F.3d 917, 923 (7th Cir. 1999). Such a threat fails to satisfy this requirement not because it is too remote in time but because there is a lack of certainty that it will occur. Indeed, timing is an indicator of certainty that the harm *will* befall the defendant. Thus, a vague threat that someday the prisoner *might* be killed would not suffice. Instead, subjecting a prisoner to mock executions or playing Russian roulette with him would have sufficient immediacy to constitute a threat of imminent death. Additionally, as discussed earlier, we believe that the existence of a threat must be assessed from the perspective of a reasonable person in the same circumstances.

Fourth, if the official threatens to do anything previously described to a third party, or commits such an act against a third party, that threat or action can serve as the necessary predicate for prolonged mental harm. *See* 18 U.S.C. § 2340(2)(D). The statute does not require any relationship between the prisoner and the third party.

### 3. *Legislative History*

The legislative history of Sections 2340–2340A is scant. Neither the definition of torture nor these sections as a whole sparked any debate. Congress criminalized this conduct to fulfill U.S. obligations under the U.N. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (“CAT”), adopted Dec. 10, 1984, S. Treaty Doc. No. 100-20 (1988), 1465 U.N.T.S. 85 (entered into force June 26, 1987), which requires signatories to “ensure that all acts of torture are offenses under its criminal law.” CAT art. 4. These sections appeared only in the Senate version of the Foreign Affairs Authorization Act, and the conference bill adopted them without amendment. *See* H. R. Conf. Rep. No. 103-482, at 229 (1994). The only light that the legislative history sheds reinforces what is already obvious from the texts of Section 2340 and CAT: Congress intended Section 2340’s definition of torture to track the definition set forth in CAT, as elucidated by the United States’ reservations, understandings, and declarations

submitted as part of its ratification. See S. Rep. No. 103-107, at 58 (1993) (“The definition of torture emanates directly from article 1 of the Convention.”); *id.* at 58–59 (“The definition for ‘severe mental pain and suffering’ incorporates the understanding made by the Senate concerning this term.”).

#### 4. Summary

Section 2340’s definition of torture must be read as a sum of these component parts. See *Argentine Rep. v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, 434–35 (1989) (reading two provisions together to determine statute’s meaning); *Bethesda Hosp. Ass’n v. Bowen*, 485 U.S. 399, 405 (1988) (looking to “the language and design of the statute as a whole” to ascertain a statute’s meaning). Each component of the definition emphasizes that torture is not the mere infliction of pain or suffering on another, but is instead a step well removed. The victim must experience intense pain or suffering of the kind that is equivalent to the pain that would be associated with serious physical injury so severe that death, organ failure, or permanent damage resulting in a loss of significant body function will likely result. If that pain or suffering is psychological, that suffering must result from one of the acts set forth in the statute. In addition, these acts must cause long-term mental harm. Indeed, this view of the criminal act of torture is consistent with the term’s common meaning. Torture is generally understood to involve “intense pain” or “excruciating pain,” or put another way, “extreme anguish of body or mind.” Black’s Law Dictionary at 1498 (7th Ed. 1999); Random House Webster’s Unabridged Dictionary 1999 (1999); Webster’s New International Dictionary 2674 (2d ed. 1935). In short, reading the definition of torture as a whole, it is plain that the term encompasses only extreme acts.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Torture is a term also found in state law. Some states expressly proscribe “murder by torture.” See, e.g., Idaho Code § 18-4001 (Michie 1997); N.C. Gen. Stat. Ann. § 14-17 (1999); see also Me. Rev. Stat. Ann. tit. 17-A, § 152-A (West Supp. 2001) (aggravated attempted murder is “[t]he attempted murder . . . accompanied by torture, sexual assault or other extreme cruelty inflicted upon the victim”). Other states have made torture an aggravating factor supporting imposition of the death penalty. See, e.g., Ark. Code Ann. § 5-4-604(8)(B); Del. Code Ann. tit. 11, § 4209(e)(1)(I) (1995); Ga. Code Ann. § 17-10-30(b)(7) (1997); 720 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/9-1(b)(14) (West Supp. 2002); Mass. Ann. Laws ch. 279, § 69(a) (Law. Co-op. 1992); Mo. Ann. Stat. § 565.032(2)(7) (West 1999); Nev. Rev. Stat. Ann. 200-033(8) (Michie 2001); N.J. Stat. Ann. § 2C:11-3 (West Supp. 2002) (same); Tenn. Code Ann. § 39-13-204(i)(5) (Supp. 2001); see also Alaska Stat. § 12.55.125(a)(3) (2000) (term of 99 years’ imprisonment mandatory where defendant subjected victim to “substantial physical torture”). *All of these laws support the conclusion that torture is generally an extreme act far beyond the infliction of pain or suffering alone.*

California law is illustrative on this point. The California Penal Code not only makes torture itself an offense, see Cal. Penal Code § 206 (West Supp. 2002), it also prohibits murder by torture, see Cal. Penal Code § 189 (West Supp. 2002), and provides that torture is an aggravating circumstance supporting the imposition of the death penalty, see Cal. Penal Code § 190.2 (West Supp. 2002). California’s definitions of torture demonstrate that the term is reserved for especially cruel acts inflicting serious injury. Designed to “fill[] a gap in existing law dealing with extremely violent and callous criminal conduct[,]” *People v. Hale*, 88 Cal. Rptr. 2d 904, 913 (1999) (internal quotation marks and citation omitted), Section 206 defines the offense of torture as:

[e]very person who, with the intent to cause *cruel* or *extreme* pain and suffering for the purpose of revenge, extortion, persuasion, or for any sadistic purpose, inflicts great bodily

## II. U.N. Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

Because Congress enacted the criminal prohibition against torture to implement CAT, we also examine the treaty's text and history to develop a fuller understanding of the context of Sections 2340–2340A. As with the statute, we begin our analysis with the treaty's text. See *Eastern Airlines Inc. v. Floyd*, 499 U.S. 530, 534–35 (1991) (“When interpreting a treaty, we begin with the text of the treaty and the context in which the written words are used.”) (quotation marks and citations omitted). CAT 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). Unlike Section 2340, this definition includes a list of purposes for which such pain and suffering is inflicted. The prefatory phrase “such purposes as” makes clear that this list is, however, illustrative rather than exhaustive. Accordingly, severe pain or suffering need not be inflicted for those specific purposes to constitute torture; instead, the perpetrator must simply have a purpose of the same kind.

---

injury . . . upon the person of another, is guilty of torture. The crime of torture does not require any proof that the victim suffered pain.

(Emphasis added). With respect to sections 190.2 and 189, neither of which are statutorily defined, California courts have recognized that torture generally means an “[a]ct or process of inflicting severe pain, esp[ecially] as a punishment to extort confession, or in revenge. . . . Implicit in that definition is the requirement of an intent to cause pain and suffering in addition to death.” *People v. Barrera*, 18 Cal. Rptr. 2d 395, 399 (Ct. App. 1993) (quotation marks and citation omitted). Further, “murder by torture was and is considered among the most reprehensible types of murder because of the calculated nature of the acts causing death.” *Id.* at 403 (quoting *People v. Wiley*, 133 Cal. Rptr. 135, 138 (1976) (in bank)). The definition of murder by torture special circumstance, proscribed under Cal. Penal Code § 190.2, likewise shows an attempt to reach the most heinous acts imposing pain beyond that which a victim suffers through death alone. To establish murder by torture special circumstance, the “intent to kill, intent to torture, and infliction of an extremely painful act upon a living victim” must be present. *People v. Bemore*, 94 Cal. Rptr. 2d 840, 861 (2000). The intent to torture is characterized by a “sadistic intent to cause the victim to suffer pain in addition to the pain of death.” *Id.* at 862 (quoting *People v. Davenport*, 221 Cal. Rptr. 794, 875 (1985)). Like the Torture Victims Protection Act and the Convention Against Torture, discussed *infra* at Parts II and III, each of these California prohibitions against torture require an evil intent—such as cruelty, revenge or even sadism. Section 2340 does not require this additional intent, but as discussed *supra* pp. 2–3, requires that the individual specifically intended to cause severe pain or suffering. Furthermore, unlike Section 2340, neither section 189 nor section 206 appear to require proof of actual pain to establish torture.

More importantly, like Section 2340, the pain and suffering must be severe to reach the threshold of torture. Thus, the text of CAT reinforces our reading of Section 2340 that torture must be an extreme act.<sup>7</sup>

CAT also distinguishes between torture and other acts of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.<sup>8</sup> Article 16 of CAT requires state parties to “undertake to prevent . . . other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment *which do not amount to torture* as defined in article 1.” (Emphasis added). CAT thus establishes a category of acts that are not to be committed and that states must endeavor to prevent, but that states need not criminalize, leaving those acts without the stigma of criminal penalties. CAT reserves criminal penalties and the stigma attached to those penalties for torture alone. In so doing, CAT makes clear that torture is at the farthest end of impermissible actions, and that it is distinct and separate from the lower level of “cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.” This approach is in keeping with CAT’s predecessor, the U.N. Declaration on the Protection from Torture. That declaration defines torture as “an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.” Declaration on Protection from Torture, UN Res. 3452, Art. 1(2) (Dec. 9, 1975).

---

<sup>7</sup> To be sure, the text of the treaty requires that an individual act “intentionally.” This language might be read to require only general intent for violations of the Torture Convention. We believe, however, that the better interpretation is that the use of the phrase “intentionally” also created a specific intent-type standard. In that event, the Bush administration’s understanding represents only an explanation of how the United States intended to implement the vague language of the Torture Convention. If, however, the Convention established a general intent standard, then the Bush understanding represents a modification of the obligation undertaken by the United States.

<sup>8</sup> Common article 3 of Geneva Convention on prisoners of war, Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 6 U.S.T. 3517 (“Geneva Convention III”) contains somewhat similar language. Article 3(1)(a) prohibits “violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, *cruel treatment and torture*.” (Emphasis added). Article 3(1)(c) additionally prohibits “outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment.” Subsection (c) must forbid more conduct than that already covered in subsection (a) otherwise subsection (c) would be superfluous. Common article 3 does not, however, define either of the phrases “outrages upon personal dignity” or “humiliating and degrading treatment.” International criminal tribunals, such as those respecting Rwanda and former Yugoslavia have used common article 3 to try individuals for committing inhuman acts lacking any military necessity whatsoever. Based on our review of the case law, however, these tribunals have not yet articulated the full scope of conduct prohibited by common article 3. Memorandum for John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, from James C. Ho, Attorney-Advisor, Office of Legal Counsel, *Re: Possible Interpretations of Common Article 3 of the 1949 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (Feb. 1, 2002).

We note that Section 2340A and CAT protect any individual from torture. By contrast, the standards of conduct established by common article 3 of Convention III, do not apply to “an armed conflict between a nation-state and a transnational terrorist organization.” 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).



## A. Ratification History

Executive branch interpretation of CAT further supports our conclusion that the treaty, and thus Section 2340A, prohibits only the most extreme forms of physical or mental harm. As we have previously noted, the “division of treaty-making responsibility between the Senate and the President is essentially the reverse of the division of law-making authority, with the President being the draftsman of the treaty and the Senate holding the authority to grant or deny approval.” *Relevance of Senate Ratification History to Treaty Interpretation*, 11 Op. O.L.C. 28, 31 (Apr. 9, 1987) (“Sofaer Memorandum”). Treaties are negotiated by the President in his capacity as the “sole organ of the federal government in the field of international relations.” *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 320 (1936). Moreover, the President is responsible for the day-to-day interpretation of a treaty and retains the power to unilaterally terminate a treaty. *See Goldwater v. Carter*, 617 F.2d 697, 707–08 (D.C. Cir.) (en banc) *vacated and remanded with instructions to dismiss on other grounds*, 444 U.S. 996 (1979). The Executive’s interpretation is to be accorded the greatest weight in ascertaining a treaty’s intent and meaning. *See, e.g., United States v. Stuart*, 489 U.S. 353, 369 (1989) (“the meaning attributed to treaty provisions by the Government agencies charged with their negotiation and enforcement is entitled to great weight”) (quoting *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176, 184–85 (1982)); *Kolovrat v. Oregon*, 366 U.S. 187, 194 (1961) (“While courts interpret treaties for themselves, the meaning given them by the department of government particularly charged with their negotiation and enforcement is given great weight.”); *Charlton v. Kelly*, 229 U.S. 447, 468 (1913) (“A construction of a treaty by the political departments of the government, while not conclusive upon a court . . . , is nevertheless of much weight.”).

A review of the Executive branch’s interpretation and understanding of CAT reveals that Congress codified the view that torture included only the most extreme forms of physical or mental harm. When it submitted the Convention to the Senate, the Reagan administration took the position that CAT reached only the most heinous acts. The Reagan administration included the following understanding:

The United States understands that, in order to constitute torture, an act must be a deliberate and calculated act of an extremely cruel and inhuman nature, specifically intended to inflict excruciating and agonizing physical or mental pain or suffering.

S. Treaty Doc. No. 100-20, at 4–5. Focusing on the treaty’s requirement of “severity,” the Reagan administration concluded, “The extreme nature of torture is further emphasized in [this] requirement.” S. Treaty Doc. No. 100-20, at 3 (1988); S. Exec. Rep. 101-30, at 13 (1990). The Reagan administration also determined that CAT’s definition of torture fell in line with “United States and international usage, [where it] is usually reserved for extreme deliberate and unusually cruel practices, for example, sustained systematic beatings, application of electric currents to sensitive parts of the body and tying up or hanging in positions that cause extreme pain.” S. Exec. Rep. No. 101-30, at

14 (1990). In interpreting CAT's definition of torture as reaching only such extreme acts, the Reagan administration underscored the distinction between torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. In particular, the administration declared that article 1's definition of torture ought to be construed in light of article 16. See S. Treaty Doc. No. 100-20, at 3. Based on this distinction, the administration concluded that: "'Torture' is thus to be distinguished from lesser forms of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, which are to be deplored and prevented, but are not so universally and categorically condemned as to warrant the severe legal consequences that the Convention provides in case of torture." S. Treaty Doc. 100-20, at 3. Moreover, this distinction was "adopted in order to emphasize that torture is at the extreme end of cruel, inhuman and degrading treatment or punishment." S. Treaty Doc. No. 100-20, at 3. Given the extreme nature of torture, the administration concluded that "rough treatment as generally falls into the category of 'police brutality,' while deplorable, does not amount to 'torture.'" S. Treaty Doc. No. 100-20, at 4.

Although the Reagan administration relied on CAT's distinction between torture and "cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment," it viewed the phrase "cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment" as vague and lacking in a universally accepted meaning. Of even greater concern to the Reagan administration was that because of its vagueness this phrase could be construed to bar acts not prohibited by the U.S. Constitution. The administration pointed to *Case of X v. Federal Republic of Germany* as the basis for this concern. In that case, the European Court of Human Rights determined that the prison officials' refusal to recognize a prisoner's sex change might constitute degrading treatment. See S. Treaty Doc. No. 100-20, at 15 (citing European Commission on Human Rights, *Dec. on Adm.*, Dec. 15, 1977, *Case of X v. Federal Republic of Germany* (No. 6694/74), 11 Dec. & Rep. 16)). As a result of this concern, the Administration added the following understanding:

The United States understands the term, 'cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,' as used in Article 16 of the Convention, to mean the cruel, unusual, and inhumane treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States."

S. Treaty Doc. No. 100-20, at 15–16. Treatment or punishment must therefore rise to the level of action that U.S. courts have found to be in violation of the U.S. Constitution in order to constitute cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. That which fails to rise to this level must fail, *a fortiori*, to constitute torture under Section 2340.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> The vagueness of "cruel, inhuman and degrading treatment" enables the term to have a far-ranging reach. Article 3 of the European Convention on Human Rights similarly prohibits such treatment. The European Court of Human Rights has construed this phrase broadly, even assessing whether such treatment has occurred from the subjective stand point of the victim. See Memorandum from James C. Ho, Attorney-Advisor to John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *Re: Possible Interpretations of Common Article 3 of the 1949 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (Feb. 1, 2002) (finding that European Court of Human Right's construction of inhuman or degrading treatment "is broad enough to arguably forbid even standard U.S. law enforcement interrogation techniques, which endeavor to break down a detainee's 'moral resistance' to answering questions.").

The Senate did not give its advice and consent to the Convention until the first Bush administration. Although using less vigorous rhetoric, the Bush administration joined the Reagan administration in interpreting torture as only reaching extreme acts. To ensure that the Convention's reach remained limited, the Bush administration submitted the following understanding:

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. This understanding accomplished two things. First, it ensured that the term "intentionally" would be understood as requiring specific intent. 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 seen in the context of physical torture. The Senate ratified CAT with this understanding, and as is obvious from the text, Congress codified this understanding almost verbatim in the criminal statute.

To be sure, it might be thought significant that the Bush administration's language differs from the Reagan administration understanding. The Bush administration said that it had altered the CAT understanding in response to criticism that the Reagan administration's original formulation had raised the bar for the level of pain necessary for the act or acts to constitute torture. *See* Convention Against Torture: Hearing Before the Senate Comm. On Foreign Relations, 101st Cong. 9-10 (1990) ("1990 Hearing") (prepared statement of Hon. Abraham D. Sofaer, Legal Adviser, Department of State). While it is true that there are rhetorical differences between the understandings, both administrations consistently emphasize the extraordinary or extreme acts required to constitute torture. As we have seen, the Bush understanding as codified in Section 2340 reaches only extreme acts. The Reagan understanding, like the Bush understanding, ensured that "intentionally" would be understood as a specific intent requirement.

---

Moreover, despite the Reagan and Bush administrations' efforts to limit the reach of the cruel, inhuman and degrading treatment language, it appears to still have a rather limitless reach. *See id.* (describing how the Eighth Amendment ban on "cruel and unusual punishment" has been used by courts to, *inter alia*, "engage in detailed regulation of prison conceptions, including the exact size cells, exercise, and recreational activities, quality of food, access to cable television, internet, and law libraries.")

Though the Reagan administration required that the “act be deliberate and calculated” *and* that it be inflicted with specific intent, in operation there is little difference between requiring specific intent alone and requiring that the act be deliberate and calculated. The Reagan understanding’s also made express what is obvious from the plain text of CAT: torture is an extreme form of cruel and inhuman treatment. The Reagan administration’s understanding that the pain be “excruciating and agonizing” is in substance not different from the Bush administration’s proposal that the pain must be severe.

The Bush understanding simply took a rather abstract concept—excruciating and agonizing mental pain—and gave it a more concrete form. Executive branch representations made to the Senate support our view that there was little difference between these two understandings and that the further definition of mental pain or suffering merely sought remove the vagueness created by concept of “agonizing and excruciating” mental pain. *See* 1990 Hearing, at 10 (prepared statement of Hon. Abraham D. Sofaer, Legal Adviser, Department of State) (“no higher standard was intended” by the Reagan administration understanding than was present in the Convention or the Bush understanding); *id.* at 13–14 (statement of Mark Richard, Deputy Assistant Attorney General, Criminal Division, Department of Justice) (“In an effort to overcome this unacceptable element of vagueness [in the term “mental pain”], we have proposed an understanding which defines severe mental pain constituting torture with sufficient specificity . . . to protect innocent persons and meet constitutional due process requirements.”) Accordingly, we believe that the two definitions submitted by the Reagan and Bush administrations had the same purpose in terms of articulating a legal standard, namely, ensuring that the prohibition against torture reaches only the most extreme acts. Ultimately, whether the Reagan standard would have been even higher is a purely academic question because the Bush understanding clearly established a very high standard.

Executive branch representations made to the Senate confirm that the Bush administration maintained the view that torture encompassed only the most extreme acts. Although the ratification record, i.e., testimony, hearings, and the like, is generally not accorded great weight in interpreting treaties, authoritative statements made by representatives of the Executive Branch are accorded the most interpretive value. *See* Sofaer Memorandum, at 35–36. Hence, the testimony of the executive branch witnesses defining torture, in addition to the reservations, understandings and declarations that were submitted to the Senate by the Executive branch, should carry the highest interpretive value of any of the statements in the ratification record. At the Senate hearing on CAT, Mark Richard, Deputy Assistant Attorney General, Criminal Division, Department of Justice, offered extensive testimony as to the meaning of torture. Echoing the analysis submitted by the Reagan administration, he testified that “[t]orture is understood to be that barbaric cruelty which lies at the top of the pyramid of human rights misconduct.” 1990 Hearing, at 16 (prepared statement of Mark Richard). He further explained, “As applied to physical torture, there appears to be some degree of consensus that the concept involves conduct, the mere mention of which sends chills down one’s spine[.]” *Id.* Richard gave the following examples of conduct satisfying this standard: “the needle under the fingernail, the application of electrical shock to the genital area, the piercing of

eyeballs, etc.” *Id.* In short, repeating virtually verbatim the terms used in the Reagan understanding, Richard explained that under the Bush administration’s submissions with the treaty “the essence of torture” is treatment that inflicts “ “excruciating and agonizing physical pain.” *Id.* (emphasis added).

As to mental torture, Richard testified that “no international consensus had emerged [as to] what degree of mental suffering is required to constitute torture[,]” but that it was nonetheless clear that severe mental pain or suffering “does not encompass the normal legal compulsions which are properly a part of the criminal justice system[:] interrogation, incarceration, prosecution, compelled testimony against a friend, etc.—notwithstanding the fact that they may have the incidental effect of producing mental strain.” *Id.* at 17. According to Richard, CAT was intended to “condemn as torture intentional acts such as those designed to damage and destroy the human personality.” *Id.* at 14. This description of mental suffering emphasizes the requirement that any mental harm be of significant duration and lends further support for our conclusion that mind-altering substances must have a profoundly disruptive effect to serve as a predicate act.

Apart from statements from Executive branch officials, the rest of a ratification record is of little weight in interpreting a treaty. *See generally* Sofaer Memorandum. Nonetheless, the Senate understanding of the definition of torture largely echoes the administrations’ views. The Senate Foreign Relations Committee Report on CAT opined: “[f]or an act to be ‘torture’ it must be an *extreme* form of cruel and inhuman treatment, cause *severe* pain and suffering and be *intended to cause severe* pain and suffering.” S. Exec. Rep. No. 101-30, at 6 (emphasis added). Moreover, like both the Reagan and Bush administrations, the Senate drew upon the distinction between torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in reaching its view that torture was extreme.<sup>10</sup> Finally, the Senate concurred with the administrations’ concern that “cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment” could be construed to establish a new standard above and beyond that which the Constitution mandates and supported the inclusion of the reservation establishing the Constitution as the baseline for determining whether conduct amounted to cruel, inhuman, degrading treatment or punishment. *See* 136 Cong. Rec. 36,192 (1990); S. Exec. Rep. 101-30, at 39.

## **B. Negotiating History**

CAT’s negotiating history also indicates that its definition of torture supports our reading of Section 2340. The state parties endeavored to craft a definition of torture that reflected the term’s gravity. During the negotiations, state parties offered various formulations of the definition of torture to the working group, which then proposed a

---

<sup>10</sup> Hearing testimony, though the least weighty evidence of meaning of all of the ratification record, is not to the contrary. Other examples of torture mentioned in testimony similarly reflect acts resulting in intense pain: the “gouging out of childrens’ [sic] eyes, the torture death by molten rubber, the use of electric shocks,” cigarette burns, hanging by hands or feet. 1990 Hearing at 45 (Statement of Winston Nagan, Chairman, Board of Directors, Amnesty International USA); *id.* at 79 (Statement of David Weissbrodt, Professor of Law, University of Minnesota, on behalf of the Center for Victims of Torture, the Minnesota Lawyers International Human Rights Committee).

definition based on those formulations. Almost all of these suggested definitions illustrate the consensus that torture is an extreme act designed to cause agonizing pain. For example, the United States proposed that torture be defined as “includ[ing] any act by which extremely severe pain or suffering . . . is deliberately and maliciously inflicted on a person.” J. Herman Burgers & Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman and Degrading Treatment or Punishment* 41 (1988) (“CAT Handbook”). The United Kingdom suggested an even more restrictive definition, i.e., that torture be defined as the “systematic and intentional infliction of extreme pain or suffering rather than intentional infliction of severe pain or suffering.” *Id.* at 45 (emphasis in original). Ultimately, in choosing the phrase “severe pain,” the parties concluded that this phrase “sufficient[ly] . . . convey[ed] the idea that only acts of a certain gravity shall . . . constitute torture.” *Id.* at 117.

In crafting such a definition, the state parties also were acutely aware of the distinction they drew between torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. The state parties considered and rejected a proposal that would have defined torture merely as cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. *See id.* at 42. Mirroring the Declaration on Protection From Torture, which expressly defined torture as an “aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,” some state parties proposed that in addition to the definition of torture set out in paragraph 2 of article 1, a paragraph defining torture as “an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” should be included. *See id.* at 41; *see also* S. Treaty Doc. No. 100-20, at 2 (the U.N. Declaration on Protection from Torture (1975) served as “a point of departure for the drafting of [CAT]”). In the end, the parties concluded that the addition of such a paragraph was superfluous because Article 16 “impl[ies] that torture is the gravest form of such treatment or punishment.” *CAT Handbook* at 80; *see* S. Exec. Rep. No. 101-30, at 13 (“The negotiating history indicates that [the phrase ‘which do not amount to torture’] was adopted in order to emphasize that torture is at the extreme end of cruel, inhuman and degrading treatment or punishment and that Article 1 should be construed with this in mind.”).

Additionally, the parties could not reach a consensus about the meaning of “cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.” *See CAT Handbook* at 47. Without a consensus, the parties viewed the term as simply “too vague to be included in a convention which was to form the basis for criminal legislation in the Contracting States.” *Id.* This view evinced by the parties reaffirms the interpretation of CAT as purposely reserving criminal penalties for torture alone.

CAT’s negotiating history offers more than just support for the view that pain or suffering must be extreme to amount to torture. First, the negotiating history suggests that the harm sustained from the acts of torture need not be permanent. In fact, “the United States considered that it might be useful to develop the negotiating history which indicates that although conduct resulting in permanent impairment of physical or mental faculties is indicative of torture, it is not an essential element of the offence.” *Id.* at 44.

Second, the state parties to CAT rejected a proposal to include in CAT's definition of torture the use of truth drugs, where no physical harm or mental suffering was apparent. This rejection at least suggests that such drugs were not viewed as amounting to torture per se. *See id.* at 42.

### C. Summary

The text of CAT confirms our conclusion that Section 2340A was intended to proscribe only the most egregious conduct. CAT not only defines torture as involving severe pain and suffering, but also it makes clear that such pain and suffering is at the extreme end of the spectrum of acts by reserving criminal penalties solely for torture. Executive interpretations confirm our view that the treaty (and hence the statute) prohibits only the worst forms of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. The ratification history further substantiates this interpretation. Even the negotiating history displays a recognition that torture is a step far-removed from other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In sum, CAT's text, ratification history and negotiating history all confirm that Section 2340A reaches only the most heinous acts.

### III. U.S. Judicial Interpretation

There are no reported cases of prosecutions under Section 2340A. *See* Beth Stephens, *Corporate Liability: Enforcing Human Rights Through Domestic Litigation*, 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 401, 408 & n.29 (2001); Beth Van Schaack, *In Defense of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention*, 42 *Harv. Int'l L. J.* 141, 148-49 (2001); Curtis A. Bradley, *Universal Jurisdiction and U.S. Law*, 2001 *U. Chi. Legal F.* 323, 327-28. Nonetheless, we are not without guidance as to how United States courts would approach the question of what conduct constitutes torture. Civil suits filed under the Torture Victims Protection Act ("TVPA"), 28 U.S.C. § 1350 note (2000), which supplies a tort remedy for victims of torture, provide insight into what acts U.S. courts would conclude constitute torture under the criminal statute.

The TVPA contains a definition similar in some key respects to the one set forth in Section 2340. Moreover, as with Section 2340, Congress intended for the TVPA's definition of torture to follow closely the definition found in CAT. *See Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162, 176 n.12 (D. Mass 1995) (noting that the definition of torture in the TVPA tracks the definitions in Section 2340 and CAT).<sup>11</sup> The TVPA defines torture as:

---

<sup>11</sup> *See also* 137 Cong. Rec. 34,785 (statement of Rep. Mazzoli) ("Torture is defined in accordance with the definition contained in [CAT]"); *see also* Torture Victims Protection Act: Hearing and Markup on H.R. 1417 Before the Subcomm. On Human Rights and International Organizations of the House Comm. on Foreign Affairs, 100th Cong. 38 (1988) (Prepared Statement of the Association of the Bar of the City of New York, Committee on International Human Rights) ("This language essentially tracks the definition of 'torture' adopted in the Torture Convention.").

(1). . . any act, directed against an individual in the offender's custody or physical control, by which severe pain or suffering (other than pain or suffering arising only from or inherent in, or incidental to, lawful sanctions), whether physical or mental, is intentionally inflicted on that individual for such purposes as obtaining from that individual or a third person information or a confession, punishing that individual for an act that individual or a third person has committed or is suspected of having committed, intimidating or coercing that individual or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind; and

(2) mental pain or suffering refers to 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 individual 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.

28 U.S.C. § 1350 note § 3(b). This definition differs from Section 2340's definition in two respects. First, the TVPA definition contains an illustrative list of purposes for which such pain may have been inflicted. *See id.* Second, the TVPA includes the phrase "arising only from or inherent in, or incidental to lawful sanctions"; by contrast, Section 2340 refers only to pain or suffering "incidental to lawful sanctions." *Id.* Because the purpose of our analysis here is to ascertain acts that would cross the threshold of producing "severe physical or mental pain or suffering," the list of illustrative purposes for which it is inflicted, generally would not affect this analysis.<sup>12</sup> Similarly, to the extent that the absence of the phrase "arising only from or inherent in" from Section 2340 might affect the question of whether pain or suffering was part of lawful sanctions and thus not torture, the circumstances with which we are concerned here are solely that of interrogations, not the imposition of punishment subsequent to judgment. These differences between the TVPA and Section 2340 are therefore not sufficiently significant to undermine the usefulness of TVPA cases here.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> This list of purposes is illustrative only. Nevertheless, demonstrating that a defendant harbored any of these purposes "may prove valuable in assisting in the establishment of intent at trial." Matthew Lippman, *The Development and Drafting of the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 17 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 275, 314 (1994).

<sup>13</sup> The TVPA also requires that an individual act "intentionally." As we noted with respect to the text of CAT, see *supra* n. 7, this language might be construed as requiring general intent. It is not clear that this is so. We need not resolve that question, however, because we review the TVPA cases solely to address the acts that would satisfy the threshold of inflicting "severe physical or mental pain or suffering."



In suits brought under the TVPA, courts have not engaged in any lengthy analysis of what acts constitute torture. In part, this is due to the nature of the acts alleged. Almost all of the cases involve physical torture, some of which is of an especially cruel and even sadistic nature. Nonetheless, courts appear to look at the entire course of conduct rather than any one act, making it somewhat akin to a totality-of-the-circumstances analysis. Because of this approach, it is difficult to take a specific act out of context and conclude that the act in isolation would constitute torture. Certain acts do, however, consistently reappear in these cases or are of such a barbaric nature, that it is likely a court would find that allegations of such treatment would constitute torture: (1) severe beatings using instruments such as iron bars, truncheons, and clubs; (2) threats of imminent death, such as mock executions; (3) threats of removing extremities; (4) burning, especially burning with cigarettes; (5) electric shocks to genitalia or threats to do so; (6) rape or sexual assault, or injury to an individual's sexual organs, or threatening to do any of these sorts of acts; and (7) forcing the prisoner to watch the torture of others. Given the highly contextual nature of whether a set of acts constitutes torture, we have set forth in the attached appendix the circumstances in which courts have determined that the plaintiff has suffered torture, which include the cases from which these seven acts are drawn. While we cannot say with certainty that acts falling short of these seven would *not* constitute torture under Section 2340, we believe that interrogation techniques would have to be similar to these in their extreme nature and in the type of harm caused to violate the law.

Despite the limited analysis engaged in by courts, a recent district court opinion provides some assistance in predicting how future courts might address this issue. In *Mehinovic v. Vuckovic*, 198 F. Supp. 2d 1322, (N.D. Ga. 2002), the plaintiffs, Bosnian Muslims, sued a Bosnian Serb, Nikola Vuckovic, for, among other things, torture and cruel and inhumane treatment. The court described in vivid detail the treatment the plaintiffs endured. Specifically, the plaintiffs experienced the following:

Vuckovic repeatedly beat Kemal Mehinovic with a variety of blunt objects and boots, intentionally delivering blows to areas he knew to already be badly injured, including Mehinovic's genitals. *Id.* at 1333–34. On some occasions he was tied up and hung against windows during beatings. *Id.* Mehinovic, was subjected to the game of “Russian roulette” *See id.* Vuckovic, along with other guards, also forced Mehinovic to run in a circle while the guards swung wooden planks at him. *Id.*

Like Mehinovic, Muhamed Bicic was beaten repeatedly with blunt objects, to the point of loss of consciousness. *See Id.* at 1335. He witnessed the severe beatings of other prisoners, including his own brother. “On one occasion, Vuckovic ordered Bicic to get on all fours while another soldier stood or rode on his back and beat him with a baton—a game the soldiers called ‘horse.’” *Id.* Bicic, like Mehinovic, was subjected to the game of Russian roulette. Additionally, Vuckovic and the other guards forcibly extracted a number of Bicic's teeth. *Id.* at 1336.

Safet Hadzialijagic was subjected to daily beatings with “metal pipes, bats, sticks, and weapons.” *Id.* at 1337. He was also subjected to Russian roulette *See id.* at 1336–37.

Hadzialijagic also frequently saw other prisoners being beaten or heard their screams as they were beaten. Like Bicic, he was subjected to the teeth extraction incident. On one occasion, Vuckovic rode Hadzialijagic like a horse, simultaneously hitting him in the head and body with a knife handle. During this time, other soldiers kicked and hit him. He fell down during this episode and was forced to get up and continue carrying Vuckovic. *See id.* “Vuckovic and the other soldiers [then] tied Hadzialijagic with a rope, hung him upside down, and beat him. When they noticed that Hadzialijagic was losing consciousness, they dunked his head in a bowl used as a toilet.” *Id.* Vuckovic then forced Hadzialijagic to lick the blood off of Vuckovic’s boots and kicked Hadzialijagic as he tried to do so. Vuckovic then used his knife to carve a semi-circle in Hadzialijagic’s forehead. Hadzialijagic went into cardiac arrest just after this incident and was saved by one of the other plaintiffs. *See id.*

Hasan Subasic was brutally beaten and witnessed the beatings of other prisoners, including the beating and death of one of his fellow prisoners and the beating of Hadzialijagic in which he was tied upside down and beaten. *See id.* at 1338–39. *Id.* at 1338. Subasic also was subjected to the teeth pulling incident. Vuckovic personally beat Subasic two times, punching him and kicking him with his military boots. In one of these beatings, “Subasic had been forced into a kneeling position when Vuckovic kicked him in the stomach.” *Id.*

The district court concluded that the plaintiffs suffered both physical and mental torture at the hands of Vuckovic.<sup>14</sup> With respect to physical torture, the court broadly outlined with respect to each plaintiff the acts in which Vuckovic had been at least complicit and that it found rose to the level of torture. Regarding Mehinovic, the court determined that Vuckovic’s beatings of Mehinovic in which he kicked and delivered other blows to Mehinovic’s face, genitals, and others body parts, constituted torture. The court noted that these beatings left Mehinovic disfigured, may have broken ribs, almost caused Mehinovic to lose consciousness, and rendered him unable to eat for a period of time. As to Bicic, the court found that Bicic had suffered severe physical pain and suffering as a result of Vuckovic’s repeated beatings of him in which Vuckovic used various instruments to inflict blows, the “horse” game, and the teeth pulling incident. *See id.* at 1346. In finding that Vuckovic inflicted severe physical pain on Hadzialijagic, the court unsurprisingly focused on the beating in which Vuckovic tied Hadzialijagic upside down and beat him. *See id.* The court pointed out that in this incident, Vuckovic almost killed Hadzialijagic. *See id.* The court further concluded that Subasic experienced severe physical pain and thus was tortured based on the beating in which Vuckovic kicked Subasic in the stomach. *See id.*

---

<sup>14</sup> The court also found that a number of acts perpetrated against the plaintiffs constituted cruel, inhuman, or degrading treatment but not torture. In its analysis, the court appeared to fold into cruel, inhuman, or degrading treatment two distinct categories. First, cruel, inhuman, or degrading treatment includes acts that “do not rise to the level of ‘torture.’” *Id.* at 1348. Second, cruel, inhuman, or degrading treatment includes acts that “do not have the same purposes as ‘torture.’” *Id.* By including this latter set of treatment as cruel, inhuman or degrading, the court appeared to take the view that acts that would otherwise constitute torture fall outside that definition because of the absence of the particular purposes listed in the TVPA and the treaty. Regardless of the relevance of this concept to the TVPA or CAT, the purposes listed in the TVPA are not an element of torture for purposes of sections 2340–2340A.

The court also found that the plaintiffs had suffered severe mental pain. In reaching this conclusion, the court relied on the plaintiffs' testimony that they feared they would be killed during beatings by Vuckovic or during the "game" of Russian roulette. Although the court did not specify the predicate acts that caused the prolonged mental harm, it is plain that both the threat of severe physical pain and the threat of imminent death were present and persistent. The court also found that the plaintiffs established the existence of prolonged mental harm as each plaintiff "*continues* to suffer long-term psychological harm as a result of [their] ordeals." *Id.* (emphasis added). In concluding that the plaintiffs had demonstrated the necessary "prolonged mental harm," the court's description of that harm as ongoing and "long-term" confirms that, to satisfy the prolonged mental harm requirement, the harm must be of a substantial duration.

The court did not, however, delve into the nature of psychological harm in reaching its conclusion. Nonetheless, the symptoms that the plaintiffs suffered and continue to suffer are worth noting as illustrative of what might in future cases be held to constitute mental harm. Mehinovic had "anxiety, flashbacks, and nightmares and has difficulty sleeping." *Id.* at 1334. Similarly, Bicic, "suffers from anxiety, sleeps very little, and has frequent nightmares" and experiences frustration at not being able to work due to the physical and mental pain he suffers. *Id.* at 1336. Hadzialijagic experienced nightmares, at times required medication to help him sleep, suffered from depression, and had become reclusive as a result of his ordeal. *See id.* at 1337–38. Subasic, like the others, had nightmares and flashbacks, but also suffered from nervousness, irritability, and experienced difficulty trusting people. The combined effect of these symptoms impaired Subasic's ability to work. *See id.* at 1340. Each of these plaintiffs suffered from mental harm that destroyed his ability to function normally, on a daily basis, and would continue to do so into the future.

In general, several guiding principles can be drawn from this case. First, this case illustrates that a single incident can constitute torture. The above recitation of the case's facts shows that Subasic was clearly subjected to torture in a number of instances, e.g., the teeth pulling incident, which the court finds to constitute torture in discussing Bicic. The court nevertheless found that the beating in which Vuckovic delivered a blow to Subasic's stomach while he was on his knees sufficed to establish that Subasic had been tortured. Indeed, the court stated that this incident "caus[ed] Subasic to suffer severe pain." *Id.* at 1346. The court's focus on this incident, despite the obvious context of a course of torturous conduct, suggests that a course of conduct is unnecessary to establish that an individual engaged in torture. It bears noting, however, that there are no decisions that have found an example of torture on facts that show the action was isolated, rather than part of a systematic course of conduct. Moreover, we believe that had this been an isolated instance, the court's conclusion that this act constituted torture would have been in error, because this single blow does not reach the requisite level of severity.

Second, the case demonstrates that courts may be willing to find that a wide range of physical pain can rise to the necessary level of "severe pain or suffering." At one end of the spectrum is what the court calls the "nightmarish beating" in which Vuckovic hung

Hadzialijagic upside down and beat him, culminating in Hadzialijagic going into cardiac arrest and narrowly escaping death. *Id.* It takes little analysis or insight to conclude that this incident constitutes torture. At the other end of the spectrum, is the court's determination that a beating in which "Vuckovic hit plaintiff Subasic and kicked him in the stomach with his military boots while Subasic was forced into a kneeling position[]" constituted torture. *Id.* To be sure, this beating caused Subasic substantial pain. But that pain pales in comparison to the other acts described in this case. Again, to the extent the opinion can be read to endorse the view that this single act and the attendant pain, considered in isolation, rose to the level of "severe pain or suffering," we would disagree with such a view based on our interpretation of the criminal statute.

The district court did not attempt to delineate the meaning of torture. It engaged in no statutory analysis. Instead, the court merely recited the definition and described the acts that it concluded constituted torture. This approach is representative of the approach most often taken in TVPA cases. The adoption of such an approach suggests that torture generally is of such an extreme nature—namely, the nature of acts are so shocking and obviously incredibly painful—that courts will more likely examine the totality of the circumstances, rather than engage in a careful parsing of the statute. A broad view of this case, and of the TVPA cases more generally, shows that only acts of an extreme nature have been redressed under the TVPA's civil remedy for torture. We note, however, that *Mehinovic* presents, with the exception of the single blow to Subasic, facts that are well over the line of what constitutes torture. While there are cases that fall far short of torture, see *infra* app., there are no cases that analyze what the lowest boundary of what constitutes torture. Nonetheless, while this case and the other TVPA cases generally do not approach that boundary, they are in keeping with the general notion that the term "torture" is reserved for acts of the most extreme nature.

#### **IV. International Decisions**

International decisions can prove of some value in assessing what conduct might rise to the level of severe mental pain or suffering. Although decisions by foreign or international bodies are in no way binding authority upon the United States, they provide guidance about how other nations will likely react to our interpretation of the CAT and Section 2340. As this Part will discuss, other Western nations have generally used a high standard in determining whether interrogation techniques violate the international prohibition on torture. In fact, these decisions have found various aggressive interrogation methods to, at worst, constitute cruel, inhuman, and degrading treatment, but not torture. These decisions only reinforce our view that there is a clear distinction between the two standards and that only extreme conduct, resulting in pain that is of an intensity often accompanying serious physical injury, will violate the latter.

##### **A. European Court of Human Rights**

An analogue to CAT's provisions can be found in the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (the "European Convention"). This convention prohibits torture, though it offers no definition of it. It also prohibits cruel,

inhuman, or degrading treatment or punishment. By barring both types of acts, the European Convention implicitly distinguishes between them and further suggests that torture is a grave act beyond cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. Thus, while neither the European Convention nor the European Court of Human Rights decisions interpreting that convention would be authority for the interpretation of Sections 2340–2340A, the European Convention decisions concerning torture nonetheless provide a useful barometer of the international view of what actions amount to torture.

The leading European Court of Human Rights case explicating the differences between torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment is *Ireland v. the United Kingdom* (1978).<sup>15</sup> In that case, the European Court of Human Rights examined interrogation techniques somewhat more sophisticated than the rather rudimentary and frequently obviously cruel acts described in the TVPA cases. Careful attention to this case is worthwhile not just because it examines methods not used in the TVPA cases, but also because the Reagan administration relied on this case in reaching the conclusion that the term torture is reserved in international usage for “extreme, deliberate, and unusually cruel practices.” S. Treaty Doc. 100-20, at 4.

The methods at issue in *Ireland* were:

- (1) Wall Standing. The prisoner stands spread eagle against the wall, with fingers high above his head, and feet back so that he is standing on his toes such that his all of his weight falls on his fingers.
- (2) Hooding. A black or navy hood is placed over the prisoner’s head and kept there except during the interrogation.
- (3) Subjection to Noise. Pending interrogation, the prisoner is kept in a room with a loud and continuous hissing noise.
- (4) Sleep Deprivation. Prisoners are deprived of sleep pending interrogation.
- (5) Deprivation of Food and Drink. Prisoners receive a reduced diet during detention and pending interrogation.

---

<sup>15</sup> According to one commentator, the Inter-American Court of Human Rights has also followed this decision. See Julie Lantrip, *Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, 5 ILSA J. Int’l & Comp. L. 551, 560–61 (1999). The Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, however, defines torture much differently than it is defined in CAT or U.S. law. See Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, opened for signature Dec. 9, 1985, art. 2, OAS T.S. No. 67 (entered into force Feb. 28, 1987 but the United States has never signed or ratified it). It defines torture as “any act intentionally performed whereby physical or mental pain or suffering is inflicted on a person for purposes of criminal investigation, as a means of intimidation, as personal punishment, as a preventive measure, as a penalty or for any other purpose. Torture shall also be understood to be the use of methods upon a person intended to obliterate the personality of the victim or to diminish his physical or mental capacities, even if they do not cause physical pain or mental anguish.” Art. 2. While the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture does not require signatories to criminalize cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, the textual differences in the definition of torture are so great that it would be difficult to draw from that jurisprudence anything more than the general trend of its agreement with the *Ireland* decision.

The European Court of Human Rights concluded that these techniques used in combination, and applied for hours at a time, were inhuman and degrading but did not amount to torture. In analyzing whether these methods constituted torture, the court treated them as part of a single program. *See Ireland*. ¶ 104. The court found that this program caused “if not actual bodily injury, at least intense physical and mental suffering to the person subjected thereto and also led to acute psychiatric disturbances during the interrogation.” *Id.* ¶ 167. Thus, this program “fell into the category of inhuman treatment[.]” *Id.* The court further found that “[t]he techniques were also degrading since they were such as to arouse in their victims feeling of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possible [sic] breaking their physical or moral resistance.” *Id.* Yet, the court ultimately concluded:

Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confession, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular *intensity* and *cruelty* implied by the word torture . . .

*Id.* (emphasis added). Thus, even though the court had concluded that the techniques produce “intense physical and mental suffering” and “acute psychiatric disturbances,” they were not sufficient intensity or cruelty to amount to torture.

The court reached this conclusion based on the distinction the European Convention drew between torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. The court reasoned that by expressly distinguishing between these two categories of treatment, the European Convention sought to “attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.” *Id.* ¶ 167. According to the court, “this distinction derives principally from a difference in the intensity of the suffering inflicted.” *Id.* The court further noted that this distinction paralleled the one drawn in the U.N. Declaration on the Protection From Torture, which specifically defines torture as “an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.” *Id.* (quoting U.N. Declaration on the Protection From Torture).

The court relied on this same “intensity/cruelty” distinction to conclude that some physical maltreatment fails to amount to torture. For example, four detainees were severely beaten and forced to stand spread eagle up against a wall. *See id.* ¶ 110. Other detainees were forced to stand spread eagle while an interrogator kicked them “continuously on the inside of the legs.” *Id.* ¶ 111. Those detainees were beaten, some receiving injuries that were “substantial” and, others received “massive” injuries. *See id.* Another detainee was “subjected to . . . ‘comparatively trivial’ beatings” that resulted in a perforation of the detainee’s eardrum and some “minor bruising.” *Id.* ¶ 115. The court concluded that none of these situations “attain[ed] the particular level [of severity] inherent in the notion of torture.” *Id.* ¶ 174.

## B. Israeli Supreme Court

The European Court of Human Rights is not the only other court to consider whether such a program of interrogation techniques was permissible. In *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 38 I.L.M. 1471 (1999), the Supreme Court of Israel reviewed a challenge brought against the General Security Service (“GSS”) for its use of five techniques. At issue in *Public Committee Against Torture In Israel* were: (1) shaking, (2) the Shabach, (3) the Frog Crouch, (4) the excessive tightening of handcuffs, and (5) sleep deprivation. “Shaking” is “the forceful shaking of the suspect’s upper torso, back and forth, repeatedly, in a manner which causes the neck and head to dangle and vacillate rapidly.” *Id.* ¶ 9. The “Shabach” is actually a combination of methods wherein the detainee

is seated on a small and low chair, whose seat is tilted forward, towards the ground. One hand is tied behind the suspect, and placed inside the gap between the chair’s seat and back support. His second hand is tied behind the chair, against its back support. The suspect’s head is covered by an opaque sack, falling down to his shoulders. Powerfully loud music is played in the room.

*Id.* ¶ 10.

The “frog crouch” consists of “consecutive, periodical crouches on the tips of one’s toes, each lasting for five minute intervals.” *Id.* ¶ 11. The excessive tightening of handcuffs simply referred to the use handcuffs that were too small for the suspects’ wrists. *See id.* ¶ 12. Sleep deprivation occurred when the Shabach was used during “intense non-stop interrogations.”<sup>16</sup> *Id.* ¶ 13.

While the Israeli Supreme Court concluded that these acts amounted to cruel, and inhuman treatment, the court did not expressly find that they amounted to torture. To be sure, such a conclusion was unnecessary because even if the acts amounted only to cruel and inhuman treatment the GSS lacked authority to use the five methods. Nonetheless, the decision is still best read as indicating that the acts at issue did not constitute torture. The court’s descriptions of and conclusions about each method indicate that the court viewed them as merely cruel, inhuman or degrading but not of the sufficient severity to reach the threshold of torture. While its descriptions discuss necessity, dignity, degradation, and pain, the court carefully avoided describing any of these acts as having the severity of pain or suffering indicative of torture. *See id.* at ¶¶ 24–29. Indeed, in assessing the *Shabach* as a whole, the court even relied upon the European Court of Human Right’s *Ireland* decision for support and it did not evince disagreement with that decision’s conclusion that the acts considered therein did not constitute torture. *See id.* ¶ 30.

---

<sup>16</sup> The court did, however, distinguish between this sleep deprivation and that which occurred as part of routine interrogation, noting that some degree of interference with the suspect’s regular sleep habits was to be expected. *Public Committee Against Torture in Israel* ¶ 23.

Moreover, the Israeli Supreme Court concluded that in certain circumstances GSS officers could assert a necessity defense.<sup>17</sup> CAT, however, expressly provides that “[n]o exceptional circumstance whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency may be invoked as a justification of torture.” Art. 2(2). Had the court been of the view that the GSS methods constituted torture, the Court could not permit this affirmative defense under CAT. Accordingly, the court’s decision is best read as concluding that these methods amounted to cruel and inhuman treatment, but not torture.

In sum, both the European Court on Human Rights and the Israeli Supreme Court have recognized a wide array of acts that constitute cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, but do not amount to torture. Thus, they appear to permit, under international law, an aggressive interpretation as to what amounts to torture, leaving that label to be applied only where extreme circumstances exist.

## **V. The President’s Commander-in-Chief Power**

Even if an interrogation method arguably were to violate Section 2340A, the statute would be unconstitutional if it impermissibly encroached on the President’s constitutional power to conduct a military campaign. As Commander-in-Chief, the President has the constitutional authority to order interrogations of enemy combatants to gain intelligence information concerning the military plans of the enemy. The demands of the Commander-in-Chief power are especially pronounced in the middle of a war in which the nation has already suffered a direct attack. In such a case, the information gained from interrogations may prevent future attacks by foreign enemies. Any effort to apply Section 2340A in a manner that interferes with the President’s direction of such core war matters as the detention and interrogation of enemy combatants thus would be unconstitutional.

### **A. The War with Al Qaeda**

At the outset, we should make clear the nature of the threat presently posed to the nation. While your request for legal advice is not specifically limited to the current circumstances, we think it is useful to discuss this question in the context of the current war against the al Qaeda terrorist network. The situation in which these issues arise is unprecedented in recent American history. Four coordinated terrorist attacks, using hijacked commercial airliners as guided missiles, took place in rapid succession on the

---

<sup>17</sup> In permitting a necessity defense, the court drew upon the ticking time bomb hypothetical proffered by the GSS as a basis for asserting a necessity defense. In that hypothetical, the GSS has arrested a suspect, who holds information about the location of a bomb and the time at which it is set to explode. The suspect is the only source of this information, and without that information the bomb will surely explode, killing many people. Under those circumstances, the court agreed that the necessity defense’s requirement of imminence, which the court construed as the “imminent nature of the act rather than that of danger,” would be satisfied. *Id.* ¶ 34. It further agreed “that in appropriate circumstances” this defense would be available to GSS investigators. *Id.* ¶ 35.



morning of September 11, 2001. These attacks were aimed at critical government buildings in the Nation's capital and landmark buildings in its financial center. These events reach a different scale of destructiveness than earlier terrorist episodes, such as the destruction of the Murrah Building in Oklahoma City in 1994. They caused thousands of deaths. Air traffic and communications within the United States were disrupted; national stock exchanges were shut for several days; and damage from the attack has been estimated to run into the tens of billions of dollars. Moreover, these attacks are part of a violent campaign against the United States that is believed to include an unsuccessful attempt to destroy an airliner in December 2001; a suicide bombing attack in Yemen on the *U.S.S. Cole* in 2000; the bombings of the United States Embassies in Kenya and in Tanzania in 1998; a truck bomb attack on a U.S. military housing complex in Saudi Arabia in 1996; an unsuccessful attempt to destroy the World Trade Center in 1993; and the ambush of U.S. servicemen in Somalia in 1993. The United States and its overseas personnel and installations have been attacked as a result of Usama Bin Laden's call for a "jihad against the U.S. government, because the U.S. government is unjust, criminal and tyrannical."<sup>18</sup>

In response, the Government has engaged in a broad effort at home and abroad to counter terrorism. Pursuant to his authorities as Commander-in-Chief, the President in October, 2001, ordered the Armed Forces to attack al Qaeda personnel and assets in Afghanistan, and the Taliban militia that harbored them. That military campaign appears to be nearing its close with the retreat of al Qaeda and Taliban forces from their strongholds and the installation of a friendly provisional government in Afghanistan. Congress has provided its support for the use of forces against those linked to the September 11 attacks, and has recognized the President's constitutional power to use force to prevent and deter future attacks both within and outside the United States. S. J. Res. 23, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001). We have reviewed the President's constitutional power to use force abroad in response to the September 11 attacks in a separate memorandum. See Memorandum for Timothy E. Flanigan, Deputy Counsel to the President, from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations Against Terrorists and Nations Supporting Them* (Sept. 25, 2001) ("September 11 War Powers Memorandum"). We have also discussed the President's constitutional authority to deploy the armed forces domestically to protect against foreign terrorist attack in a separate memorandum. See Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President and William J. Haynes, II, General Counsel, Department of Defense, from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General and Robert J. Delahunty, Special Counsel, Office of Legal Counsel, *Re: Authority for Use of Military Force to Combat Terrorist Activities Within the United States* at 2-3 (Oct. 17, 2001). The Justice Department and the FBI have launched a sweeping investigation in response to the September 11 attacks, and last fall Congress enacted legislation to expand the Justice Department's powers of surveillance against terrorists. See The USA Patriot Act, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (Oct. 26, 2001). This spring, the President proposed the creation of a new cabinet

---

<sup>18</sup> See *Osama Bin Laden v. The U.S.: Edicts and Statements*, CNN Interview with Osama bin Laden, March 1997, available at <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/binladen/who/edicts.html>.

department for homeland security to implement a coordinated domestic program against terrorism.

Despite these efforts, numerous upper echelon leaders of al Qaeda and the Taliban, with access to active terrorist cells and other resources, remain at large. It has been reported that the al Qaeda fighters are already drawing on a fresh flow of cash to rebuild their forces. See Paul Haven, *U.S.: al-Qaida Trying to Regroup*, Associated Press, Mar. 20, 2002. As the Director of the Central Intelligence Agency has recently testified before Congress, "Al-Qa'ida and other terrorist groups will continue to plan to attack this country and its interests abroad. Their modus operandi is to have multiple attack plans in the works simultaneously, and to have al-Qa'ida cells in place to conduct them." Testimony of George J. Tenet, Director of Central Intelligence, Before the Senate Armed Services Committee at 2 (Mar. 19, 2002). Nor is the threat contained to Afghanistan. "Operations against US targets could be launched by al-Qa'ida cells already in place in major cities in Europe and the Middle East. Al-Qa'ida can also exploit its presence or connections to other groups in such countries as Somalia, Yemen, Indonesia, and the Philippines." *Id.* at 3. It appears that al Qaeda continues to enjoy information and resources that allow it to organize and direct active hostile forces against this country, both domestically and abroad.

Al Qaeda continues to plan further attacks, such as destroying American civilian airliners and killing American troops, which have fortunately been prevented. It is clear that bin Laden and his organization have conducted several violent attacks on the United States and its nationals, and that they seek to continue to do so. Thus, the capture and interrogation of such individuals is clearly imperative to our national security and defense. Interrogation of captured al Qaeda operatives may provide information concerning the nature of al Qaeda plans and the identities of its personnel, which may prove invaluable in preventing further direct attacks on the United States and its citizens. Given the massive destruction and loss of life caused by the September 11 attacks, it is reasonable to believe that information gained from al Qaeda personnel could prevent attacks of a similar (if not greater) magnitude from occurring in the United States. The case of Jose Padilla, a.k.a. Abdullah Al Mujahir, illustrates the importance of such information. Padilla allegedly had journeyed to Afghanistan and Pakistan, met with senior al Qaeda leaders, and hatched a plot to construct and detonate a radioactive dispersal device in the United States. After allegedly receiving training in wiring explosives and with a substantial amount of currency in his position, Padilla attempted in May, 2002, to enter the United States to further his scheme. Interrogation of captured al Qaeda operatives allegedly allowed U.S. intelligence and law enforcement agencies to track Padilla and to detain him upon his entry into the United States.

## **B. Interpretation to Avoid Constitutional Problems**

As the Supreme Court has recognized, and as we will explain further below, the President enjoys complete discretion in the exercise of his Commander-in-Chief authority and in conducting operations against hostile forces. Because both "[t]he executive power and the command of the military and naval forces is vested in the President," the

Supreme Court has unanimously stated that it is “*the President alone* [] who is constitutionally invested with the *entire charge of hostile operations.*” *Hamilton v. Dillin*, 88 U.S. (21 Wall.) 73, 87 (1874) (emphasis added). That authority is at its height in the middle of a war.

In light of the President’s complete authority over the conduct of war, without a clear statement otherwise, we will not read a criminal statute as infringing on the President’s ultimate authority in these areas. We have long recognized, and the Supreme Court has established a canon of statutory construction that statutes are to be construed in a manner that avoids constitutional difficulties so long as a reasonable alternative construction is available. *See, e.g., Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council*, 485 U.S. 568, 575 (1988) (citing *NLRB v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490, 499–501, 504 (1979)) (“[W]here an otherwise acceptable construction of a statute would raise serious constitutional problems, [courts] will construe [a] statute to avoid such problems unless such construction is plainly contrary to the intent of Congress.”). This canon of construction applies especially where an act of Congress could be read to encroach upon powers constitutionally committed to a coordinate branch of government. *See, e.g., Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, 800–1 (1992) (citation omitted) (“Out of respect for the separation of powers and the unique constitutional position of the President, we find that textual silence is not enough to subject the President to the provisions of the [Administrative Procedure Act]. We would require an express statement by Congress before assuming it intended the President’s performance of his statutory duties to be reviewed for abuse of discretion.”); *Public Citizen v. United States Dep’t of Justice*, 491 U.S. 440, 465–67 (1989) (construing Federal Advisory Committee Act not to apply to advice given by American Bar Association to the President on judicial nominations, to avoid potential constitutional question regarding encroachment on Presidential power to appoint judges).

In the area of foreign affairs, and war powers in particular, the avoidance canon has special force. *See, e.g., Dep’t of Navy v. Egan*, 484 U.S. 518, 530 (1988) (“unless Congress specifically has provided otherwise, courts traditionally have been reluctant to intrude upon the authority of the Executive in military and national security affairs.”); *Japan Whaling Ass’n v. American Cetacean Soc’y*, 478 U.S. 221, 232–33 (1986) (construing federal statutes to avoid curtailment of traditional presidential prerogatives in foreign affairs). We do not lightly assume that Congress has acted to interfere with the President’s constitutionally superior position as Chief Executive and Commander in Chief in the area of military operations. *See Egan*, 484 U.S. at 529 (quoting *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280, 293–94 (1981)). *See also Agee*, 453 U.S. at 291 (deference to Executive Branch is “especially” appropriate “in the area . . . of . . . national security”).

In order to respect the President’s inherent constitutional authority to manage a military campaign against al Qaeda and its allies, Section 2340A must be construed as not applying to interrogations undertaken pursuant to his Commander-in-Chief authority. As our Office has consistently held during this Administration and previous Administrations, Congress lacks authority under Article I to set the terms and conditions under which the President may exercise his authority as Commander in Chief to control

the conduct of operations during a war. *See, e.g.*, Memorandum for Daniel J. Bryant, Assistant Attorney General, Office of Legislative Affairs, from Patrick F. Philbin, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: Swift Justice Authorization Act* (Apr. 8, 2002); Memorandum for Timothy E. Flanigan, Deputy Counsel to the President, from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations Against Terrorists and Nations Supporting Them* (Sep. 25, 2001) (“Flanigan Memorandum”); Memorandum for Andrew Fois, Assistant Attorney General, Office of Legislative Affairs, from Richard L. Shiffrin, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: Defense Authorization Act* (Sep. 15, 1995). As we discuss below, the President’s power to detain and interrogate enemy combatants arises out of his constitutional authority as Commander in Chief. A construction of Section 2340A that applied the provision to regulate the President’s authority as Commander-in-Chief to determine the interrogation and treatment of enemy combatants would raise serious constitutional questions. Congress may no more regulate the President’s ability to detain and interrogate enemy combatants than it may regulate his ability to direct troop movements on the battlefield. Accordingly, we would construe Section 2340A to avoid this constitutional difficulty, and conclude that it does not apply to the President’s detention and interrogation of enemy combatants pursuant to his Commander-in-Chief authority.

This approach is consistent with previous decisions of our Office involving the application of federal criminal law. For example, we have previously construed the congressional contempt statute not to apply to executive branch officials who refuse to comply with congressional subpoenas because of an assertion of executive privilege. In a published 1984 opinion, we concluded that

if executive officials were subject to prosecution for criminal contempt whenever they carried out the President’s claim of executive privilege, it would significantly burden and immeasurably impair the President’s ability to fulfill his constitutional duties. Therefore, the separation of powers principles that underlie the doctrine of executive privilege also would preclude an application of the contempt of Congress statute to punish officials for aiding the President in asserting his constitutional privilege.

*Prosecution for Contempt of Congress of an Executive Branch Official Who Has Asserted A Claim of Executive Privilege*, 8 Op. O.L.C. 101, 134 (May 30, 1984). Likewise, we believe that, if executive officials were subject to prosecution for conducting interrogations when they were carrying out the President’s Commander-in-Chief powers, “it would significantly burden and immeasurably impair the President’s ability to fulfill his constitutional duties.” These constitutional principles preclude an application of Section 2340A to punish officials for aiding the President in exercising his exclusive constitutional authorities. *Id.*

### C. The Commander-in-Chief Power

It could be argued that Congress enacted 18 U.S.C. § 2340A with full knowledge and consideration of the President's Commander-in-Chief power, and that Congress intended to restrict his discretion in the interrogation of enemy combatants. Even were we to accept this argument, however, we conclude that the Department of Justice could not could not enforce Section 2340A against federal officials acting pursuant to the President's constitutional authority to wage a military campaign.

Indeed, in a different context, we have concluded that both courts and prosecutors should reject prosecutions that apply federal criminal laws to activity that is authorized pursuant to one of the President's constitutional powers. This Office, for example, has previously concluded that Congress could not constitutionally extend the congressional contempt statute to executive branch officials who refuse to comply with congressional subpoenas because of an assertion of executive privilege. We opined that "courts ... would surely conclude that a criminal prosecution for the exercise of a presumptively valid, constitutionally based privilege is not consistent with the Constitution." 8 Op. O.L.C. at 141. Further, we concluded that the Department of Justice could not bring a criminal prosecution against a defendant who had acted pursuant to an exercise of the President's constitutional power. "The President, through a United States Attorney, need not, indeed may not, prosecute criminally a subordinate for asserting on his behalf a claim of executive privilege. Nor could the Legislative Branch or the courts require or implement the prosecution of such an individual." *Id.* Although Congress may define federal crimes that the President, through the Take Care Clause, should prosecute, Congress cannot compel the President to prosecute outcomes taken pursuant to the President's own constitutional authority. If Congress could do so, it could control the President's authority through the manipulation of federal criminal law.

We have even greater concerns with respect to prosecutions arising out of the exercise of the President's express authority as Commander in Chief than we do with prosecutions arising out of the assertion of executive privilege. In a series of opinions examining various legal questions arising after September 11, we have explained the scope of the President's Commander-in-Chief power.<sup>19</sup> We briefly summarize the findings of those opinions here. The President's constitutional power to protect the security of the United States and the lives and safety of its people must be understood in light of the Founders' intention to create a federal government "cloathed with all the powers requisite to the complete execution of its trust." *The Federalist* No. 23, at 147 (Alexander Hamilton) (Jacob E. Cooke ed. 1961). Foremost among the objectives committed to that trust by the Constitution is the security of the nation. As Hamilton explained in arguing for the Constitution's adoption, because "the circumstances which may affect the public safety" are not "reducible within certain determinate limits,"

---

<sup>19</sup> See, e.g., September 11 War Powers Memorandum; Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, from Patrick F. Philbin, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: Legality of the Use of Military Commissions to Try Terrorists* (Nov. 6, 2001).

it must be admitted, as a necessary consequence, that there can be no limitation of that authority, which is to provide for the defence and protection of the community, in any matter essential to its efficacy.

*Id.* at 147–48. Within the limits that the Constitution itself imposes, the scope and distribution of the powers to protect national security must be construed to authorize the most efficacious defense of the nation and its interests in accordance “with the realistic purposes of the entire instrument.” *Lichter v. United States*, 334 U.S. 742, 782 (1948).

The text, structure and history of the Constitution establish that the Founders entrusted the President with the primary responsibility, and therefore the power, to ensure the security of the United States in situations of grave and unforeseen emergencies. The decision to deploy military force in the defense of United States interests is expressly placed under Presidential authority by the Vesting Clause, U.S. Const. Art. I, § 1, cl. 1, and by the Commander-in-Chief Clause, *id.*, § 2, cl. 1.<sup>20</sup> This Office has long understood the Commander-in-Chief Clause in particular as an affirmative grant of authority to the President. See, e.g., Memorandum for Charles W. Colson, Special Counsel to the President, from William H. Rehnquist, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: The President and the War Power: South Vietnam and the Cambodian Sanctuaries* (May 22, 1970) (“Rehnquist Memorandum”). The Framers understood the Clause as investing the President with the fullest range of power understood at the time of the ratification of the Constitution as belonging to the military commander. In addition, the structure of the Constitution demonstrates that any power traditionally understood as pertaining to the executive—which includes the conduct of warfare and the defense of the nation—unless expressly assigned in the Constitution to Congress, is vested in the President. Article II, Section 1 makes this clear by stating that the “executive Power shall be vested in a President of the United States of America.” That sweeping grant vests in the President an unenumerated “executive power” and contrasts with the specific enumeration of the powers—those “herein”—granted to Congress in Article I. The implications of constitutional text and structure are confirmed by the practical consideration that national security decisions require the unity in purpose and energy in action that characterize the Presidency rather than Congress.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> See *Johnson v. Eisenberger*, 339 U.S. 763, 789 (1950) (President has authority to deploy United States armed forces “abroad or to any particular region”); *Fleming v. Page*, 50 U.S. (9 How.) 603, 614–15 (1850) (“As commander-in-chief, [the President] is authorized to direct the movements of the naval and military forces placed by law at his command, and to employ them in the manner he may deem most effectual”); *Loving v. United States*, 517 U.S. 748, 776 (1996) (Scalia, J., concurring in part and concurring in judgment) (The “inherent powers” of the Commander in Chief “are clearly extensive.”); *Maul v. United States*, 274 U.S. 501, 515-16 (1927) (Brandeis & Holmes, JJ., concurring) (President “may direct any revenue cutter to cruise in any waters in order to perform any duty of the service”); *Commonwealth of Massachusetts v. Laird*, 451 F.2d 26, 32 (1st Cir. 1971) (the President has “power as Commander-in-Chief to station forces abroad”); *Ex parte Vallandigham*, 28 F.Cas. 874, 922 (C.C.S.D. Ohio 1863) (No. 16,816) (in acting “under this power where there is no express legislative declaration, the president is guided solely by his own judgment and discretion”); *Authority to Use United States Military Forces in Somalia*, 16 Op. O.L.C. 6, 6 (Dec. 4, 1992) (Barr, Attorney General).

<sup>21</sup> Judicial decisions since the beginning of the Republic confirm the President’s constitutional power and duty to repel military action against the United States and to take measures to prevent the recurrence of an attack. As Justice Joseph Story said long ago, “[i]t may be fit and proper for the government, in the

As the Supreme Court has recognized, the Commander-in-Chief power and the President's obligation to protect the nation imply the ancillary powers necessary to their successful exercise. "The first of the enumerated powers of the President is that he shall be Commander-in-Chief of the Army and Navy of the United States. And, of course, the grant of war power includes all that is necessary and proper for carrying those powers into execution." *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 788 (1950). In wartime, it is for the President alone to decide what methods to use to best prevail against the enemy. *See, e.g.*, Rehnquist Memorandum; Flanigan Memorandum at 3. The President's complete discretion in exercising the Commander-in-Chief power has been recognized by the courts. In the *Prize Cases*, 67 U.S. (2 Black) 635, 670 (1862), for example, the Court explained that whether the President "in fulfilling his duties as Commander in Chief" had appropriately responded to the rebellion of the southern states was a question "to be decided by him" and which the Court could not question, but must leave to "the political department of the Government to which this power was entrusted."

One of the core functions of the Commander in Chief is that of capturing, detaining, and interrogating members of the enemy. *See, e.g.*, Memorandum for William J. Haynes, II, General Counsel, Department of Defense, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, *Re: The President's Power as Commander in Chief to Transfer Captured Terrorists to the Control and Custody of Foreign Nations* at 3 (March 13, 2002) ("the Commander-in-Chief Clause constitutes an independent grant of substantive authority to engage in the detention and transfer of prisoners captured in armed conflicts"). It is well settled that the President may seize and detain enemy combatants, at least for the duration of the conflict, and the laws of war make clear that prisoners may be interrogated for information concerning the enemy, its strength, and its plans.<sup>22</sup> Numerous Presidents have ordered the capture, detention, and questioning of

---

exercise of the high discretion confided to the executive, for great public purposes, to act on a sudden emergency, or to prevent an irreparable mischief, by summary measures, which are not found in the text of the laws." *The Apollon*, 22 U.S. (9 Wheat.) 362, 366–67 (1824). If the President is confronted with an unforeseen attack on the territory and people of the United States, or other immediate, dangerous threat to American interests and security, it is his constitutional responsibility to respond to that threat with whatever means are necessary. *See, e.g., The Prize Cases*, 67 U.S. (2 Black) 635, 668 (1862) ("If a war be made by invasion of a foreign nation, the President is not only authorized but bound to resist force by force . . . without waiting for any special legislative authority."); *United States v. Smith*, 27 F. Cas. 1192, 1229-30 (C.C.D.N.Y. 1806) (No. 16,342) (Paterson, Circuit Justice) (regardless of statutory authorization, it is "the duty . . . of the executive magistrate . . . to repel an invading foe"); *see also* 3 Story, *Commentaries* § 1485 ("[t]he command and application of the public force . . . to maintain peace, and to resist foreign invasion" are executive powers).

<sup>22</sup> The practice of capturing and detaining enemy combatants is as old as war itself. *See* Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War* 44–45 (1976). In modern conflicts, the practice of detaining enemy combatants and hostile civilians generally has been designed to balance the humanitarian purpose of sparing lives with the military necessity of defeating the enemy on the battlefield. *Id.* at 59–80. While Article 17 of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3517, places restrictions on interrogation of enemy combatants, members of al Qaeda and the Taliban militia are not legally entitled to the status of prisoners of war as defined in the Convention. *See* 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* (Jan. 22, 2002).

enemy combatants during virtually every major conflict in the Nation's history, including recent conflicts such as the Gulf, Vietnam, and Korean wars. Recognizing this authority, Congress has never attempted to restrict or interfere with the President's authority on this score. *Id.*

Any effort by Congress to regulate the interrogation of battlefield combatants would violate the Constitution's sole vesting of the Commander-in-Chief authority in the President. There can be little doubt that intelligence operations, such as the detention and interrogation of enemy combatants and leaders, are both necessary and proper for the effective conduct of a military campaign. Indeed, such operations may be of more importance in a war with an international terrorist organization than one with the conventional armed forces of a nation-state, due to the former's emphasis on secret operations and surprise attacks against civilians. It may be the case that only successful interrogations can provide the information necessary to prevent the success of covert terrorist attacks upon the United States and its citizens. Congress can no more interfere with the President's conduct of the interrogation of enemy combatants than it can dictate strategic or tactical decisions on the battlefield. Just as statutes that order the President to conduct warfare in a certain manner or for specific goals would be unconstitutional, so too are laws that seek to prevent the President from gaining the intelligence he believes necessary to prevent attacks upon the United States.

## **VI. Defenses**

In the foregoing parts of this memorandum, we have demonstrated that the ban on torture in Section 2340A is limited to only the most extreme forms of physical and mental harm. We have also demonstrated that Section 2340A, as applied to interrogations of enemy combatants ordered by the President pursuant to his Commander-in-Chief power would be unconstitutional. Even if an interrogation method, however, might arguably cross the line drawn in Section 2340, and application of the statute was not held to be an unconstitutional infringement of the President's Commander-in-Chief authority, we believe that under the current circumstances certain justification defenses might be available that would potentially eliminate criminal liability. Standard criminal law defenses of necessity and self-defense could justify interrogation methods needed to elicit information to prevent a direct and imminent threat to the United States and its citizens.

### **A. Necessity**

We believe that a defense of necessity could be raised, under the current circumstances, to an allegation of a Section 2340A violation. Often referred to as the "choice of evils" defense, necessity has been defined as follows:

Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that:



- (a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and
- (b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and
- (c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear.

Model Penal Code § 3.02. *See also* Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, 1 Substantive Criminal Law § 5.4 at 627 (1986 & 2002 supp.) (“LaFave & Scott”). Although there is no federal statute that generally establishes necessity or other justifications as defenses to federal criminal laws, the Supreme Court has recognized the defense. *See United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 410 (1980) (relying on LaFave & Scott and Model Penal Code definitions of necessity defense).

The necessity defense may prove especially relevant in the current circumstances. As it has been described in the case law and literature, the purpose behind necessity is one of public policy. According to LaFave and Scott, “the law ought to promote the achievement of higher values at the expense of lesser values, and sometimes the greater good for society will be accomplished by violating the literal language of the criminal law.” LaFave & Scott, at 629. In particular, the necessity defense can justify the intentional killing of one person to save two others because “it is better that two lives be saved and one lost than that two be lost and one saved.” *Id.* Or, put in the language of a choice of evils, “the evil involved in violating the terms of the criminal law (. . . even taking another’s life) may be less than that which would result from literal compliance with the law (. . . two lives lost)” *Id.*

Additional elements of the necessity defense are worth noting here. First, the defense is not limited to certain types of harms. Therefore, the harm inflicted by necessity may include intentional homicide, so long as the harm avoided is greater (i.e., preventing more deaths). *Id.* at 634. Second, it must actually be the defendant’s intention to avoid the greater harm; intending to commit murder and then learning only later that the death had the fortuitous result of saving other lives will not support a necessity defense. *Id.* at 635. Third, if the defendant reasonably believed that the lesser harm was necessary, even if, unknown to him, it was not, he may still avail himself of the defense. As LaFave and Scott explain, “if A kills B reasonably believing it to be necessary to save C and D, he is not guilty of murder even though, unknown to A, C and D could have been rescued without the necessity of killing B.” *Id.* Fourth, it is for the court, and not the defendant to judge whether the harm avoided outweighed the harm done. *Id.* at 636. Fifth, the defendant cannot rely upon the necessity defense if a third alternative is open and known to him that will cause less harm.

It appears to us that under the current circumstances the necessity defense could be successfully maintained in response to an allegation of a Section 2340A violation. On September 11, 2001, al Qaeda launched a surprise covert attack on civilian targets in the United States that led to the deaths of thousands and losses in the billions of dollars. According to public and governmental reports, al Qaeda has other sleeper cells within the

United States that may be planning similar attacks. Indeed, al Qaeda plans apparently include efforts to develop and deploy chemical, biological and nuclear weapons of mass destruction. Under these circumstances, a detainee may possess information that could enable the United States to prevent attacks that potentially could equal or surpass the September 11 attacks in their magnitude. Clearly, any harm that might occur during an interrogation would pale to insignificance compared to the harm avoided by preventing such an attack, which could take hundreds or thousands of lives.

Under this calculus, two factors will help indicate when the necessity defense could appropriately be invoked. First, the more certain that government officials are that a particular individual has information needed to prevent an attack, the more necessary interrogation will be. Second, the more likely it appears to be that a terrorist attack is likely to occur, and the greater the amount of damage expected from such an attack, the more that an interrogation to get information would become necessary. Of course, the strength of the necessity defense depends on the circumstances that prevail, and the knowledge of the government actors involved, when the interrogation is conducted. While every interrogation that might violate Section 2340A does not trigger a necessity defense, we can say that certain circumstances could support such a defense.

Legal authorities identify an important exception to the necessity defense. The defense is available “only in situations wherein the legislature has not itself, in its criminal statute, made a determination of values.” *Id.* at 629. Thus, if Congress explicitly has made clear that violation of a statute cannot be outweighed by the harm avoided, courts cannot recognize the necessity defense. LaFave and Israel provide as an example an abortion statute that made clear that abortions even to save the life of the mother would still be a crime; in such cases the necessity defense would be unavailable. *Id.* at 630. Here, however, Congress has not explicitly made a determination of values vis-à-vis torture. In fact, Congress explicitly removed efforts to remove torture from the weighing of values permitted by the necessity defense.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> In the CAT, torture is defined as the intentional infliction of severe pain or suffering “for such purpose[] as obtaining from him or a third person information or a confession.” CAT art. 1.1. One could argue that such a definition represented an attempt to indicate that the good of obtaining information—no matter what the circumstances—could not justify an act of torture. In other words, necessity would not be a defense. In enacting Section 2340, however, Congress removed the purpose element in the definition of torture, evidencing an intention to remove any fixing of values by statute. By leaving Section 2340 silent as to the harm done by torture in comparison to other harms, Congress allowed the necessity defense to apply when appropriate.

Further, the CAT contains an additional provision that “no exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.” CAT art. 2.2. Aware of this provision of the treaty, and of the definition of the necessity defense that allows the legislature to provide for an exception to the defense, see Model Penal Code § 3.02(b), Congress did not incorporate CAT article 2.2 into Section 2340. Given that Congress omitted CAT’s effort to bar a necessity or wartime defense, we read Section 2340 as permitting the defense.

## B. Self-Defense

Even if a court were to find that a violation of Section 2340A was not justified by necessity, a defendant could still appropriately raise a claim of self-defense. The right to self-defense, even when it involves deadly force, is deeply embedded in our law, both as to individuals and as to the nation as a whole. As the Court of Appeals for the D.C. Circuit has explained:

More than two centuries ago, Blackstone, best known of the expositors of the English common law, taught that “all homicide is malicious, and of course amounts to murder, unless . . . excused on the account of accident or self-preservation. . . .” Self-defense, as a doctrine legally exonerating the taking of human life, is as viable now as it was in Blackstone’s time.

*United States v. Peterson*, 483 F.2d 1222, 1228–29 (D.C. Cir. 1973). Self-defense is a common-law defense to federal criminal law offenses, and nothing in the text, structure or history of Section 2340A precludes its application to a charge of torture. In the absence of any textual provision to the contrary, we assume self-defense can be an appropriate defense to an allegation of torture.

The doctrine of self-defense permits the use of force to prevent harm to another person. As LaFave and Scott explain, “one is justified in using reasonable force in defense of another person, even a stranger, when he reasonably believes that the other is in immediate danger of unlawful bodily harm from his adversary and that the use of such force is necessary to avoid this danger.” *Id.* at 663–64. Ultimately, even deadly force is permissible, but “only when the attack of the adversary upon the other person reasonably appears to the defender to be a deadly attack.” *Id.* at 664. As with our discussion of necessity, we will review the significant elements of this defense.<sup>24</sup> According to LaFave and Scott, the elements of the defense of others are the same as those that apply to individual self-defense.

First, self-defense requires that the use of force be *necessary* to avoid the danger of unlawful bodily harm. *Id.* at 649. A defender may justifiably use deadly force if he reasonably believes that the other person is about to inflict unlawful death or serious bodily harm upon another, and that it is necessary to use such force to prevent it. *Id.* at 652. Looked at from the opposite perspective, the defender may not use force when the force would be as equally effective at a later time and the defender suffers no harm or risk by waiting. *See* Paul H. Robinson, 2 *Criminal Law Defenses* § 131(c) at 77 (1984). If, however, other options permit the defender to retreat safely from a confrontation without having to resort to deadly force, the use of force may not be necessary in the first place. La Fave and Scott at 659–60.

---

<sup>24</sup> Early cases had suggested that in order to be eligible for defense of another, one should have some personal relationship with the one in need of protection. That view has been discarded. LaFave & Scott at 664.

Second, self-defense requires that the defendant's belief in the necessity of using force be reasonable. If a defendant honestly but unreasonably believed force was necessary, he will not be able to make out a successful claim of self-defense. *Id.* at 654. Conversely, if a defendant reasonably believed an attack was to occur, but the facts subsequently showed no attack was threatened, he may still raise self-defense. As LaFave and Scott explain, "one may be justified in shooting to death an adversary who, having threatened to kill him, reaches for his pocket as if for a gun, though it later appears that he had no gun and that he was only reaching for his handkerchief." *Id.* Some authorities, such as the Model Penal Code, even eliminate the reasonability element, and require only that the defender honestly believed—regardless of its unreasonableness—that the use of force was necessary.

Third, many legal authorities include the requirement that a defender must reasonably believe that the unlawful violence is "imminent" before he can use force in his defense. It would be a mistake, however, to equate imminence necessarily with timing—that an attack is immediately about to occur. Rather, as the Model Penal Code explains, what is essential is that , the defensive *response* must be "immediately necessary." Model Penal Code § 3.04(1). Indeed, imminence may be merely another way of expressing the requirement of necessity. Robinson at 78. LaFave and Scott, for example, believe that the imminence requirement makes sense as part of a necessity defense because if an attack is not immediately upon the defender, the defender has other options available to avoid the attack that do not involve the use of force. LaFave and Scott at 656. If, however, the fact of the attack becomes certain and no other options remain, the use of force may be justified. To use a well-known hypothetical, if A were to kidnap and confine B, and then tell B he would kill B one week later, B would be justified in using force in self-defense, even if the opportunity arose before the week had passed. *Id.* at 656; *see also* Robinson at § 131(c)(1) at 78. In this hypothetical, while the attack itself is not imminent, B's use of force becomes immediately necessary whenever he has an opportunity to save himself from A.

Fourth, the amount of force should be proportional to the threat. As LaFave and Scott explain, "the amount of force which [the defender] may justifiably use must be reasonably related to the threatened harm which he seeks to avoid." LaFave and Scott at 651. Thus, one may not use deadly force in response to a threat that does not rise to death or serious bodily harm. If such harm may result, however, deadly force is appropriate. As the Model Penal Code § 3.04(2)(b) states, "[t]he use of deadly force is not justifiable . . . unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily injury, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat."

Under the current circumstances, we believe that a defendant accused of violating Section 2340A could have, in certain circumstances, grounds to properly claim the defense of another. The threat of an impending terrorist attack threatens the lives of hundreds if not thousands of American citizens. Whether such a defense will be upheld depends on the specific context within which the interrogation decision is made. If an attack appears increasingly likely, but our intelligence services and armed forces cannot prevent it without the information from the interrogation of a specific individual, then the

more likely it will appear that the conduct in question will be seen as necessary. If intelligence and other information support the conclusion that an attack is increasingly certain, then the necessity for the interrogation will be reasonable. The increasing certainty of an attack will also satisfy the imminence requirement. Finally, the fact that previous al Qaeda attacks have had as their aim the deaths of American citizens, and that evidence of other plots have had a similar goal in mind, would justify proportionality of interrogation methods designed to elicit information to prevent such deaths.

To be sure, this situation is different from the usual self-defense justification, and, indeed, it overlaps with elements of the necessity defense. Self-defense as usually discussed involves using force against an individual who is about to conduct the attack. In the current circumstances, however, an enemy combatant in detention does not himself present a threat of harm. He is not actually carrying out the attack; rather, he has participated in the planning and preparation for the attack, or merely has knowledge of the attack through his membership in the terrorist organization. Nonetheless, leading scholarly commentators believe that interrogation of such individuals using methods that might violate Section 2340A would be justified under the doctrine of self-defense, because the combatant by aiding and promoting the terrorist plot “has culpably caused the situation where someone might get hurt. If hurting him is the only means to prevent the death or injury of others put at risk by his actions, such torture should be permissible, and on the same basis that self-defense is permissible.” Michael S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, 23 Israel L. Rev. 280, 323 (1989) (symposium on Israel’s Landau Commission Report).<sup>25</sup> Thus, some commentators believe that by helping to create the threat of loss of life, terrorists become culpable for the threat even though they do not actually carry out the attack itself. They may be hurt in an interrogation because they are part of the mechanism that has set the attack in motion, *id.* at 323, just as is someone who feeds ammunition or targeting information to an attacker. Under the present circumstances, therefore, even though a detained enemy combatant may not be the exact attacker—he is not planting the bomb, or piloting a hijacked plane to kill civilians—he still may be harmed in self-defense if he has knowledge of future attacks because he has assisted in their planning and execution.

Further, we believe that a claim by an individual of the defense of another would be further supported by the fact that, in this case, the nation itself is under attack and has the right to self-defense. This fact can bolster and support an individual claim of self-defense in a prosecution, according to the teaching of the Supreme Court in *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890). In that case, the State of California arrested and held deputy U.S. Marshal Neagle for shooting and killing the assailant of Supreme Court Justice Field. In granting the writ of habeas corpus for Neagle’s release, the Supreme Court did not rely alone upon the marshal’s right to defend another or his right to self-defense. Rather, the Court found that Neagle, as an agent of the United States and of the executive branch, was justified in the killing because, in protecting Justice Field, he was acting pursuant to

---

<sup>25</sup> Moore distinguishes that case from one in which a person has information that could stop a terrorist attack, but who does not take a hand in the terrorist activity itself, such as an innocent person who learns of the attack from her spouse. Moore, 23 Israel L. Rev. at 324. Such individuals, Moore finds, would not be subject to the use of force in self-defense, although they might be under the doctrine of necessity.

the executive branch's inherent constitutional authority to protect the United States government. *Id.* at 67 (“We cannot doubt the power of the president to take measures for the protection of a judge of one of the courts of the United States who, while in the discharge of the duties of his office, is threatened with a personal attack which may probably result in his death.”). That authority derives, according to the Court, from the President’s power under Article II to take care that the laws are faithfully executed. In other words, Neagle as a federal officer not only could raise self-defense or defense of another, but also could defend his actions on the ground that he was implementing the Executive Branch’s authority to protect the United States government.

If the right to defend the national government can be raised as a defense in an individual prosecution, as *Neagle* suggests, then a government defendant, acting in his official capacity, should be able to argue that any conduct that arguably violated Section 2340A was undertaken pursuant to more than just individual self-defense or defense of another. In addition, the defendant could claim that he was fulfilling the Executive Branch’s authority to protect the federal government, and the nation, from attack. The September 11 attacks have already triggered that authority, as recognized both under domestic and international law. Following the example of *In re Neagle*, we conclude that a government defendant may also argue that his conduct of an interrogation, if properly authorized, is justified on the basis of protecting the nation from attack.

There can be little doubt that the nation’s right to self-defense has been triggered under our law. The Constitution announces that one of its purposes is “to provide for the common defense.” U.S. Const., Preamble. Article I, § 8 declares that Congress is to exercise its powers to “provide for the common Defence.” *See also* 2 Pub. Papers of Ronald Reagan 920, 921 (1988-89) (right of self-defense recognized by Article 51 of the U.N. Charter). The President has a particular responsibility and power to take steps to defend the nation and its people. *In re Neagle*, 135 U.S. at 64. *See also* U.S. Const., art. IV, § 4 (“The United States shall . . . protect [each of the States] against Invasion”). As Commander-in-Chief and Chief Executive, he may use the armed forces to protect the nation and its people. *See, e.g., United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 273 (1990). And he may employ secret agents to aid in his work as Commander-in-Chief. *Totten v. United States*, 92 U.S. 105, 106 (1876). As the Supreme Court observed in *The Prize Cases*, 67 U.S. (2 Black) 635 (1862), in response to an armed attack on the United States “the President is not only authorized but bound to resist force by force . . . without waiting for any special legislative authority.” *Id.* at 668. The September 11 events were a direct attack on the United States, and as we have explained above, the President has authorized the use of military force with the support of Congress.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> While the President’s constitutional determination alone is sufficient to justify the nation’s resort to self-defense, it also bears noting that the right to self-defense is further recognized under international law. Article 51 of the U.N. Charter declares that “[n]othing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security.” The attacks of September 11, 2001 clearly constitute an armed attack against the United States, and indeed were the latest in a long history of al Qaeda sponsored attacks against the United States. This conclusion was acknowledged by the United Nations Security Council on September 28, 2001, when it unanimously adopted Resolution 1373 explicitly “reaffirming the inherent right of individual and collective self-defence

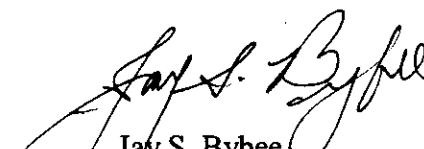
As we have made clear in other opinions involving the war against al Qaeda, the nation's right to self-defense has been triggered by the events of September 11. If a government defendant were to harm an enemy combatant during an interrogation in a manner that might arguably violate Section 2340A, he would be doing so in order to prevent further attacks on the United States by the al Qaeda terrorist network. In that case, we believe that he could argue that his actions were justified by the executive branch's constitutional authority to protect the nation from attack. This national and international version of the right to self-defense could supplement and bolster the government defendant's individual right.

### Conclusion

For the foregoing reasons, we conclude that torture as defined in and proscribed by Sections 2340–2340A, covers only extreme acts. Severe pain is generally of the kind difficult for the victim to endure. Where the pain is physical, it must be of an intensity akin to that which accompanies serious physical injury such as death or organ failure. Severe mental pain requires suffering not just at the moment of infliction but it also requires lasting psychological harm, such as seen in mental disorders like posttraumatic stress disorder. Additionally, such severe mental pain can arise only from the predicate acts listed in Section 2340. Because the acts inflicting torture are extreme, there is significant range of acts that though they might constitute cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment fail to rise to the level of torture.

Further, we conclude that under the circumstances of the current war against al Qaeda and its allies, application of Section 2340A to interrogations undertaken pursuant to the President's Commander-in-Chief powers may be unconstitutional. Finally, even if an interrogation method might violate Section 2340A, necessity or self-defense could provide justifications that would eliminate any criminal liability.

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



Jay S. Bybee  
Assistant Attorney General

---

as recognized by the charter of the United Nations.” This right of self-defense is a right to effective self-defense. In other words, the victim state has the right to use force against the aggressor who has initiated an “armed attack” until the threat has abated. The United States, through its military and intelligence personnel, has a right recognized by Article 51 to continue using force until such time as the threat posed by al Qaeda and other terrorist groups connected to the September 11th attacks is completely ended.” Other treaties re-affirm the right of the United States to use force in its self-defense. See, e.g., Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, art. 3, Sept. 2, 1947, T.I.A.S. No. 1838, 21 U.N.T.S. 77 (Rio Treaty); North Atlantic Treaty, art. 5, Apr. 4, 1949, 63 Stat. 2241, 34 U.N.T.S. 243.

## APPENDIX

Cases in which U.S. courts have concluded the defendant tortured the plaintiff:

- Plaintiff was beaten and shot by government troops while protesting the destruction of her property. *See Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, 2002 WL 319887 at \*7 (S.D.N.Y. Feb. 28, 2002).
- Plaintiff was removed from ship, interrogated, and held incommunicado for months. Representatives of defendant threatened her with death if she attempted to move from quarters where she was held. She was forcibly separated from her husband and unable to learn of his welfare or whereabouts. *See Simpson v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 180 F. Supp. 2d 78, 88 (D.D.C. 2001) (Rule 12(b)(6) motion).
- Plaintiff was held captive for five days in a small cell that had no lights, no window, no water, and no toilet. During the remainder of his captivity, he was frequently denied food and water and given only limited access to the toilet. He was held at gunpoint, with his captors threatening to kill him if he did not confess to espionage. His captors threatened to cut off his fingers, pull out his fingernails, and shock his testicles. *See Daliberti v. Republic of Iraq*, 146 F. Supp. 2d 19, 22–23, 25 (D.D.C. 2001) (default judgment).
- Plaintiff was imprisoned for 205 days. He was confined in a car park that had been converted into a prison. His cell had no water or toilet and had only a steel cot for a bed. He was convicted of illegal entry into Iraq and transferred to another facility, where he was placed in a cell infested with vermin. He shared a single toilet with 200 other prisoners. While imprisoned he had a heart attack but was denied adequate medical attention and medication. *See Daliberti v. Republic of Iraq*, 146 F. Supp. 2d 19, 22–23 (D.D.C. 2001) (default judgment).
- Plaintiff was imprisoned for 126 days. At one point, a guard attempted to execute him, but another guard intervened. A truck transporting the plaintiff ran over pedestrian at full speed without stopping. He heard other prisoners being beaten and he feared being beaten. He had serious medical conditions that were not promptly or adequately treated. He was not given sufficient food or water. *See Daliberti v. Republic of Iraq*, 146 F. Supp. 2d 19, 22–23 (D.D.C. 2001) (default judgment).
- Allegations that guards beat, clubbed, and kicked the plaintiff and that the plaintiff was interrogated and subjected to physical and verbal abuse sufficiently stated a claim for torture so as to survive Rule 12(b)(6) motion. *See Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 110 F. Supp. 2d 10 (D.D.C. 2000).
- Plaintiffs alleged that they were blindfolded, interrogated and subjected to physical, mental, and verbal abuse while they were held captive. Furthermore,



one plaintiff was held eleven days without food, water, or bed. Another plaintiff was held for four days without food, water, or a bed, and was also stripped naked, blindfolded, and threatened with electrocution of his testicles. The other two remaining plaintiffs alleged that they were not provided adequate or proper medical care for conditions that were life threatening. The court concluded that these allegations sufficiently stated a claim for torture and denied defendants Rule 12(b)(6) motion. *See Daliberti v. Republic v. Iraq*, 97 F. Supp. 2d 38, 45 (D.D.C. 2000) (finding that these allegations were “more than enough to meet the definition of torture in the [TVPA]”).

- Plaintiff’s kidnappers pistol-whipped him until he lost consciousness. They then stripped him and gave him only a robe to wear and left him bleeding, dizzy, and in severe pain. He was then imprisoned for 1,908 days. During his imprisonment, his captors sought to force a confession from him by playing Russian Roulette with him and threatening him with castration. He was randomly beaten and forced to watch the beatings of others. Additionally, he was confined in a rodent and scorpion infested cell. He was bound in chains almost the entire time of his confinement. One night during the winter, his captors chained him to an upper floor balcony, leaving him exposed to the elements. Consequently, he developed frostbite on his hands and feet. He was also subjected to a surgical procedure for an unidentified abdominal problem. *See Cicippio v. Islamic Republic of Iran*, 18 F. Supp. 2d 62 (D.D.C. 1998).
- Plaintiff was kidnapped at gunpoint. He was beaten for several days after his kidnapping. He was subjected to daily torture and threats of death. He was kept in solitary confinement for two years. During that time, he was blindfolded and chained to the wall in a six-foot by six-foot room infested with rodents. He was shackled in a stooped position for 44 months and he developed eye infections as a result of the blindfolds. Additionally, his captors did the following: forced him to kneel on spikes, administered electric shocks to his hands; battered his feet with iron bars and struck him in the kidneys with a rifle; struck him on the side of his head with a hand grenade, breaking his nose and jaw; placed boiling tea kettles on his shoulders; and they laced his food with arsenic. *See Cicippio v. Islamic Republic of Iran*, 18 F. Supp. 2d 62 (D.D.C.1998).
- Plaintiff was pistol-whipped, bound and gagged, held captive in darkness or blindfold for 18 months. He was kept chained at either his ankles or wrists, wearing nothing but his undershorts and a t-shirt. As for his meals, his captors gave him pita bread and dry cheese for breakfast, rice with dehydrated soup for lunch, and a piece of bread for dinner. Sometimes the guards would spit into his food. He was regularly beaten and incessantly interrogated; he overheard the deaths and beatings of other prisoners. *See Cicippio v. Islamic Republic of Iran*, 18 F. Supp. 2d 62, (D.D.C.1998).
- Plaintiff spent eight years in solitary or near solitary confinement. He was threatened with death, blindfolded and beaten while handcuffed and fettered. He

was denied sleep and repeatedly threatened him with death. At one point, while he was shackled to a cot, the guards placed a towel over his nose and mouth and then poured water down his nostrils. They did this for six hours. During this incident, the guards threatened him with death and electric shock. Afterwards, they left him shackled to his cot for six days. For the next seven months, he was imprisoned in a hot, unlit cell that measured 2.5 square meters. During this seven-month period, he was shackled to his cot—at first by all his limbs and later by one hand or one foot. He remained shackled in this manner except for the briefest moments, such as when his captors permitted him to use the bathroom. The handcuffs cut into his flesh. *See Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 789, 790 (9th Cir. 1996). The court did not, however, appear to consider the solitary confinement *per se* to constitute torture. *See id.* at 795 (stating that to the extent that [the plaintiff’s] years in solitary confinement do not constitute torture, they clearly meet the definition of prolonged arbitrary detention.”).

- High-ranking military officers interrogated the plaintiff and subjected him to mock executions. He was also threatened with death. *See Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 789, 795 (9th Cir. 1996).
- Plaintiff, a nun, received anonymous threats warning her to leave Guatemala. Later, two men with a gun kidnapped her. They blindfolded her and locked her in an unlit room for hours. The guards interrogated her and regardless of the answers she gave to their questions, they burned her with cigarettes. The guards then showed her surveillance photographs of herself. They blindfolded her again, stripped her, and raped her repeatedly. *See Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162, 176 (1995).
- Plaintiffs were beaten with truncheons, boots, and guns and threatened with death. Nightsticks were used to beat their backs, kidneys, and the soles of their feet. The soldiers pulled and squeezed their testicles. When they fainted from the pain, the soldiers revived them by singeing their nose hair with a cigarette lighter. They were interrogated as they were beaten with iron barks, rifle butts, helmets, and fists. One plaintiff was placed in the “djak” position, *i.e.*, with hands and feet bound and suspended from a pole. Medical treatment was withheld for one week and then was sporadic and inadequate. *See Paul v. Avril*, 901 F. Supp. 330, 332 (S.D. Fla. 1994).
- Alien subjected to sustained beatings for the month following his first arrest. After his second arrest, suffered severe beatings and was burned with cigarettes over the course of an eight-day period. *Al-Safer v. INS*, 268 F.3d 1143, 1147 (9th Cir. 2001) (deportation case).
- Decedent was attacked with knives and sticks, and repeatedly hit in the head with the butt of a gun as he remained trapped in his truck by his attackers. The attackers then doused the vehicle with gasoline. Although he managed to get out

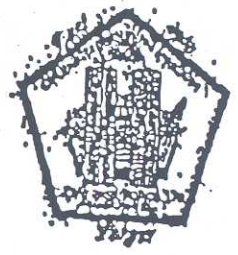
of the truck, he nonetheless burned to death. *Tachiona v. Mugabe*, No. 00 Civ. 6666VMJCF, 2002 WL 1424598 at \*1 (S.D.N.Y. July 1, 2002).

- Decedent was attacked by spear, stick, and stone wielding supporters of defendant. He was carried off by the attackers and “was found dead the next day, naked and lying in the middle of the road[.]” From the physical injuries, it was determined that he had been severely beaten. According to his death certificate, he died from “massive brain injury from trauma; [] assault; and [] laceration of the right lung.” *Tachiona v. Mugabe*, No. 00 Civ. 6666VMJCF, 2002 WL 1424598 at \*2 (S.D.N.Y. July 1, 2002).
- Decedent was abducted, along with five others. He and the others were severely beaten and he was forced to drink diesel oil. He was then summarily executed. *Tachiona v. Mugabe*, No. 00 Civ. 6666VMJCF, 2002 WL 1424598 at \*4 (S.D.N.Y. July 1, 2002).
- Forced sterilization constitutes torture. *Bi Zhu Lin v. Ashcroft*, 183 F. Supp. 2d 551 (D. Conn. 2002) (noting determination by immigration judge that such conduct constitutes torture).

There are two cases in which U.S. courts have rejected torture claims on the ground that the alleged conduct did not rise to the level of torture. In *Faulder v. Johnson*, 99 F. Supp. 2d 774 (S.D. Tex. 1999), the district court rejected a death row inmate’s claim that psychological trauma resulting from repeated stays of his execution and his 22-year-wait for that execution was torture under CAT. The court rejected this contention because of the United States’ express death penalty reservation to CAT. *See id.* In *Eastman Kodak v. Kavlin*, 978 F. Supp. 1078, 1093 (S.D. Fla. 1997), the plaintiff was held for eight days in a filthy cell with drug dealers and an AIDS patient. He received no food, no blanket and no protection from other inmates. Prisoners murdered one another in front of the plaintiff. *Id.* The court flatly rejected the plaintiff’s claim that this constituted torture.



DEPARTMENT OF DEFENSE  
JOINT TASK FORCE 170  
GUANTANAMO BAY, CUBA  
APO AE 09880



JTF 170-CG


11 October 2002

MEMORANDUM FOR Commander, United States Southern Command, 3511 NW 91st Avenue, Miami, Florida 33172-1217

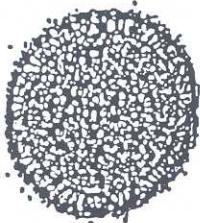
SUBJECT: Counter-Resistance Strategies

1. Request that you approve the interrogation techniques delineated in the enclosed Counter-Resistance Strategies memorandum. I have reviewed this memorandum and the legal review provided to me by the JTF-170 Staff Judge Advocate and concur with the legal analysis provided.
2. I am fully aware of the techniques currently employed to gain valuable intelligence in support of the Global War on Terrorism. Although these techniques have resulted in significant exploitable intelligence, the same methods have become less effective over time. I believe the methods and techniques delineated in the accompanying J-2 memorandum will enhance our efforts to extract additional information. Based on the analysis provided by the JTF-170 SJA, I have concluded that these techniques do not violate U.S. or international laws.
3. My point of contact for this issue is LTC Jerald Phifer at DSN 660-3476.

- 2 Encls
1. JTF 170-J2 Memo,  
11 Oct 02
  2. JTF 170-SJA Memo,  
11 Oct 02



MICHAEL E. DUNLAVEY  
Major General, USA  
Commanding



DEPARTMENT OF DEFENSE  
JOINT TASK FORCE 170  
GUANTANAMO BAY, CUBA  
APO AE 09860



JTF 170-SJA

11 October 2002

---

MEMORANDUM FOR Commander, Joint Task Force 170

---

SUBJ: Legal Review of Aggressive Interrogation Techniques

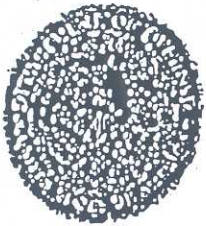
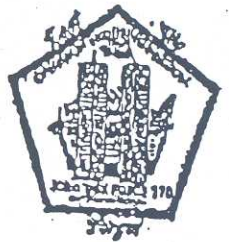
1. I have reviewed the memorandum on Counter-Resistance Strategies, dated 11 Oct 02, and agree that the proposed strategies do not violate applicable federal law. Attached is a more detailed legal analysis that addresses the proposal.
2. I recommend that interrogators be properly trained in the use of the approved methods of interrogation, and that interrogations involving category II and III methods undergo a legal review prior to their commencement.
3. This matter is forwarded to you for your recommendation and action.

2 Encls

1. JTF 170-J2 Memo,  
11 Oct 02
2. JTF 170-SJA Memo,  
11 Oct 02

  
DIANE E. BEAVER  
LTC, USA  
Staff Judge Advocate



~~UNCLASSIFIED~~  
~~SECRET//NOFORN~~DEPARTMENT OF DEFENSE  
JOINT TASK FORCE 170  
GUANTANAMO BAY, CUBA  
APO AE 09360

JTF-J2

11 October 2002

MEMORANDUM FOR Commander, Joint Task Force 170**SUBJECT:** Request for Approval of Counter-Resistance Strategies

1. ~~(S//NF)~~ <sup>U</sup> **PROBLEM:** The current guidelines for interrogation procedures at GTMO limit the ability of interrogators to counter advanced resistance.

2. ~~(S//NF)~~ <sup>U</sup> Request approval for use of the following interrogation plan.

a. Category I techniques. During the initial category of interrogation the detainee should be provided a chair and the environment should be generally comfortable. The format of the interrogation is the direct approach. The use of rewards like cookies or cigarettes may be helpful. If the detainee is determined by the interrogator to be uncooperative, the interrogator may use the following techniques.

(1) Yelling at the detainee (not directly in his ear or to the level that it would cause physical pain or hearing problems)

(2) Techniques of deception:

(a) Multiple-interrogator techniques.

(b) Interrogator identity. The interviewer may identify himself as a citizen of a foreign nation or as an interrogator from a country with a reputation for harsh treatment of detainees.

b. Category II techniques. With the permission of the GIC, Interrogation Section, the interrogator may use the following techniques.

(1) The use of stress positions (like standing), for a maximum of four hours.

(2) The use of falsified documents or reports.

(3) Use of the isolation facility for up to 30 days. Request must be made to through the OIC, Interrogation Section, to the Director, Joint Interrogation Group (JIG). Extensions beyond the initial 30 days must be approved by the Commanding General. For selected

~~SECRET//NOFORN~~ UNCLASSIFIED

UNCLASSIFIED

~~SECRET//NOFORN~~

JTF 170-J2

SUBJECT: Request for Approval of Counter-Resistance Strategies

detainees, the OIC, Interrogation Section, will approve all contacts with the detainee, to include medical visits of a non-emergent nature.

(4) Interrogating the detainee in an environment other than the standard interrogation booth:

~~(5) Deprivation of light and auditory stimuli.~~

(6) The detainee may also have a hood placed over his head during transportation and questioning. The hood should not restrict breathing in any way and the detainee should be under direct observation when hooded.

(7) The use of 20-hour interrogations:

(8) Removal of all comfort items (including religious items):

(9) Switching the detainee from hot rations to MREs.

(10) Removal of clothing.

(11) Forced grooming (shaving of facial hair etc..)

(12) Using detainees individual phobias (such as fear of dogs) to induce stress.

c. Category III techniques. Techniques in this category may be used only by submitting a request through the Director, JIG, for approval by the Commanding General with appropriate legal review and information to Commander, USSOUTHCOM. These techniques are required for a very small percentage of the most uncooperative detainees (less than 3%). The following techniques and other aversive techniques, such as those used in U.S. military interrogation resistance training or by other U.S. government agencies, may be utilized in a carefully coordinated manner to help interrogate exceptionally resistant detainees. Any or these techniques that require more than light grabbing, poking, or pushing, will be administered only by individuals specifically trained in their safe application.

(1) The use of scenarios designed to convince the detainee that death or severely painful consequences are imminent for him and/or his family.

(2) Exposure to cold weather or water (with appropriate medical monitoring).

(3) Use of a wet towel and dripping water to induce the misperception of suffocation.

~~SECRET//NOFORN~~

UNCLASSIFIED



~~SECRET//NOFORN~~  
UNCLASSIFIED

JTF 170-J2

SUBJECT: Request for Approval of Counter-Resistance Strategies

(4) Use of mild, non-injurious physical contact such as grabbing, poking in the chest with the finger, and light pushing.

3. (U) The POC for this memorandum is the undersigned at x3476.

  
JERALD PHIFER  
LTC, USA  
Director, J2

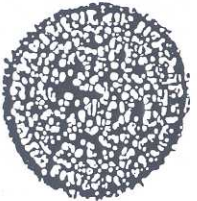
~~SECRET//NOFORN~~

UNCLASSIFIED

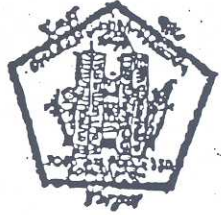


UNCLASSIFIED

~~SECRET//NOFORN~~



DEPARTMENT OF DEFENSE  
JOINT TASK FORCE 170  
GUANTANAMO BAY, CUBA  
APO AE 09860



JTF 170-SJA

11 October 2002

MEMORANDUM FOR Commander, Joint Task Force 170

SUBJECT: Legal Brief on Proposed Counter-Resistance Strategies

**1. (S//NF) ISSUE:** To ensure the security of the United States and its Allies, more aggressive interrogation techniques than the ones presently used, such as the methods proposed in the attached recommendation, may be required in order to obtain information from detainees that are resisting interrogation efforts and are suspected of having significant information essential to national security. This legal brief references the recommendations outlined in the JTF-170-J2 memorandum, dated 11 October 2002.

**2. (S//NF) FACTS:** The detainees currently held at Guantanamo Bay, Cuba (GTMO), are not protected by the Geneva Conventions (GC). Nonetheless, DoD interrogators trained to apply the Geneva Conventions have been using commonly approved methods of interrogation such as rapport building through the direct approach, rewards, the multiple interrogator approach, and the use of deception. However, because detainees have been able to communicate among themselves and debrief each other about their respective interrogations, their interrogation resistance strategies have become more sophisticated. Compounding this problem is the fact that there is no established clear policy for interrogation limits and operations at GTMO, and many interrogators have felt in the past that they could not do anything that could be considered "controversial." In accordance with President Bush's 7 February 2002 directive, the detainees are not Enemy Prisoners of War (EPW). They must be treated humanely and, subject to military necessity, in accordance with the principles of GC.

**3. (S//NF) DISCUSSION:** The Office of the Secretary of Defense (OSD) has not adopted specific guidelines regarding interrogation techniques for detainee operations at GTMO. While the procedures outlined in Army FM 34-52 Intelligence Interrogation (28 September 1992), are utilized, they are constrained by, and conform to the GC and applicable international law, and therefore are not binding. Since the detainees are not EPWs, the Geneva Conventions limitations that ordinarily would govern captured enemy personnel interrogations are not binding on U.S. personnel conducting detainee interrogations at GTMO. Consequently, in the absence of specific binding guidance, and in accordance with the President's directive to treat the detainees humanely, we must look to applicable international and domestic law in order to determine the legality of the more aggressive interrogation techniques recommended in the J2 proposal.

a. (U) International Law: Although no international body of law directly applies, the more notable international treaties and relevant law are listed below.

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

UNCLASSIFIED

~~SECRET//NOFORN~~



UNCLASSIFIED

~~SECRET//NOFORN~~

JTF170-SJA

SUBJECT: Legal Brief on Proposed Counter-Resistance Strategies

- (1) (U) In November of 1994, the United States ratified The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment. However, the United States took a reservation to Article 16, which defined cruel, inhumane and degrading treatment or punishment, by instead deferring to the current standard articulated in the 8th Amendment to the United States Constitution. Therefore, the United States is only prohibited from committing those acts that would otherwise be prohibited under the United States Constitutional Amendment against cruel and unusual punishment. The United States ratified the treaty with the understanding that the convention would not be self-executing, that is, that it would not create a private cause of action in U.S. Courts. This convention is the principal U.N. treaty regarding torture and other cruel, inhumane, or degrading treatment.
- (2) (U) The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), ratified by the United States in 1992, prohibits inhumane treatment in Article 7, and arbitrary arrest and detention in Article 9. The United States ratified it on the condition that it would not be self-executing, and it took a reservation to Article 7 that we would only be bound to the extent that the United States Constitution prohibits cruel and unusual punishment.
- (3) (U) The American Convention on Human Rights forbids inhumane treatment, arbitrary imprisonment, and requires the state to promptly inform detainees of the charges against them, to review their pretrial confinement, and to conduct a trial within a reasonable time. The United States signed the convention on 1 June 1977, but never ratified it.
- (4) (U) The Rome Statute established the International Criminal Court and criminalized inhumane treatment, unlawful deportation, and imprisonment. The United States not only failed to ratify the Rome Statute, but also later withdrew from it.
- (5) (U) The United Nations' Universal Declaration of Human Rights, prohibits inhumane or degrading punishment, arbitrary arrest, detention, or exile. Although international declarations may provide evidence of customary international law (which is considered binding on all nations even without a treaty), they are not enforceable by themselves.
- (6) (U) There is some European case law stemming from the European Court of Human Rights on the issue of torture. The Court ruled on allegations of torture and other forms of inhumane treatment by the British in the Northern Ireland conflict. The British authorities developed practices of interrogation such as forcing detainees to stand for long hours, placing black hoods over their heads, holding the detainees prior to interrogation in a room with continuing loud noise, and depriving them of sleep, food, and water. The European Court concluded that these acts did not rise to the level of torture as defined in the Convention Against Torture, because torture was defined as an aggravated form of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. However, the Court did find that these techniques constituted cruel, inhumane, and degrading treatment. Nonetheless, and as previously mentioned, not only is the United States not a part of the European Human Rights Court, but as previously stated, it only ratified the definition of cruel, inhuman, and degrading treatment consistent with the U.S. Constitution. See also *Mehinovic v. Vuckovic*, 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Geor. 2002); *Committee Against Torture v. Israel*, Supreme Court of Israel, 6 Sep 99, 7 BHRC 31; *Ireland v. UK* (1978), 2 EHRR 25.

UNCLASSIFIED

~~SECRET//NOFORN~~



UNCLASSIFIED

SECRET//NOFORN

JTF170-SJA

SUBJECT: Legal Brief on Proposed Counter-Resistance Strategies

b. (U) Domestic Law: Although the detainees interrogations are not occurring in the continental United States, U.S. personnel conducting said interrogations are still bound by applicable Federal Law, specifically, the Eighth Amendment of the United States Constitution, 18 U.S.C. § 2340, and for military interrogators, the Uniform Code of Military Justice (UCMJ).

(1) (U) The Eighth Amendment of the United States Constitution provides that excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted. There is a lack of Eighth Amendment case law relating in the context of interrogations, as most of the Eighth Amendment litigation in federal court involves either the death penalty, or 42 U.S.C. § 1983 actions from inmates based on prison conditions. The Eighth Amendment applies as to whether or not torture or inhumane treatment has occurred under the federal torture statute.<sup>1</sup>

(a) (U) A principal case in the confinement context that is instructive regarding Eighth Amendment analysis (which is relevant because the United States adopted the Convention Against Torture, Cruel, Inhumane and Degrading Treatment, it did so deferring to the Eighth Amendment of the United States Constitution) and conditions of confinement is a U.S. court were to examine the issue is Hudson v. McMillian, 503 U.S. 1 (1992). The issue in Hudson stemmed from a 42 U.S.C. § 1983 action alleging that a prison inmate suffered minor bruises, facial swelling, loosened teeth, and a cracked dental plate resulting from a beating by prison guards while he was cuffed and shackled. In this case the Court held that there was no governmental interest in beating an inmate in such a manner. The Court further ruled that the use of excessive physical force against a prisoner might constitute cruel and unusual punishment, even though the inmate does not suffer serious injury.

(b) (U) In Hudson, the Court relied on Whitley v. Albers, 475 U.S. 312 (1986), as the seminal case that establishes whether a constitutional violation has occurred. The Court stated that the extent of the injury suffered by an inmate is only one of the factors to be considered, but that there is no significant injury requirement in order to establish an Eighth Amendment violation, and that the absence of serious injury is relevant to, but does not end, the Eighth Amendment inquiry. The Court based its decision on the "...settled rule that the unnecessary and wanton infliction of pain ... constitutes cruel and unusual punishment forbidden by the Eighth Amendment." Whitley at 319, quoting Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651, 670 (1977). The Hudson Court then held that in the excessive force or conditions of confinement context, the Eighth Amendment violation test delineated by the Supreme Court in Hudson is that when prison officials maliciously and sadistically use force to cause harm, contemporary standards of decency are always violated, whether or not significant injury is evident. The extent of injury suffered by an inmate is one factor that may suggest whether the use of force could plausibly have been thought necessary in a particular situation, but the question of whether the measure taken inflicted unnecessary and wanton pain and suffering, ultimately turns on whether force was applied in a good faith effort to maintain or restore discipline, or maliciously and sadistically for the very (emphasis added) purpose of causing harm. If so, the Eighth Amendment claim will prevail.

<sup>1</sup> Notwithstanding the argument that U.S. personnel are bound by the Constitution, the detainees confined at GTMO have no jurisdictional standing to bring a section 1983 action alleging an Eighth Amendment violation in U.S. Federal Court.

SECRET//NOFORN UNCLASSIFIED



~~SECRET//NOFORN~~

JTF170-SJA

SUBJECT: Legal Brief on Proposed Counter-Resistance Strategies

(c) (U) At the District Court level, the typical conditions-of-confinement claims involve a disturbance of the inmate's physical comfort, such as sleep deprivation or loud noise. The Eighth Circuit ruled in Singh v. Holcomb, 1992 U.S. App. LEXIS 24790, that an allegation by an inmate that he was constantly deprived of sleep which resulted in emotional distress, loss of memory, headaches, and poor concentration, did not show either the extreme deprivation level, or the officials' culpable state of mind required to fulfill the objective component of an Eighth Amendment conditions-of-confinement claim.

(d) (U) In another sleep deprivation case alleging an Eighth Amendment violation, the Eighth Circuit established a totality of the circumstances test, and stated that if a particular condition of detention is reasonably related to a legitimate governmental objective, it does not, without more, amount to punishment. In Ferguson v. Cape Girardeau County, 88 F.3d 647 (8<sup>th</sup> Cir. 1996), the complainant was confined to a 5-1/2 by 5-1/2 foot cell without a toilet or sink, and was forced to sleep on a mat on the floor under bright lights that were on twenty-four hours a day. His Eighth Amendment claim was not successful because he was able to sleep at some point, and because he was kept under those conditions due to a concern for his health, as well as the perceived danger that he presented. This totality of the circumstances test has also been adopted by the Ninth Circuit. In Green v. CSO Strack, 1995 U.S. App. LEXIS 14451, the Court held that threats of bodily injury are insufficient to state a claim under the Eighth Amendment, and that sleep deprivation did not rise to a constitutional violation where the prisoner failed to present evidence that he either lost sleep or was otherwise harmed.

(e) (U) Ultimately, an Eighth Amendment analysis is based primarily on whether the government had a good faith legitimate governmental interest, and did not act maliciously and sadistically for the very purpose of causing harm.

(2) (U) The torture statute (18 U.S.C. § 2340) is the United States' codification of the signed and ratified provisions of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, and pursuant to subsection 2340B, does not create any substantive or procedural rights enforceable by law by any party in any civil proceeding.

(a) (U) The statute provides that "whoever outside the United States commits or attempts to commit torture shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both, and if death results to any person from conduct prohibited by this subsection, shall be punished by death or imprisoned for any term of years or for life."

(b) (U) Torture is defined as "an act committed by a person acting under color of law specifically intended (emphasis added) to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incident to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control." The statute defines "severe mental pain or suffering" as "the prolonged mental harm caused by or resulting (emphasis added) from the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; or the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses of the personality; or the threat of imminent death; or 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."

~~SECRET//NOFORN~~



~~SECRET/NOFORN~~

JTF170-SJA

SUBJECT: Legal Brief on Proposed Counter-Resistance Strategies

(c) (U) Case law in the context of the federal torture statute and interrogations is also lacking, as the majority of the case law involving torture relates to either the illegality of brutal tactics used by the police to obtain confessions (in which the Court simply states that these confessions will be deemed as involuntary for the purposes of admissibility and due process, but does not actually address torture or the Eighth Amendment), or the Alien Tort Claim Act, in which federal courts have defined that certain uses of force (such as kidnapping, beating and raping of a man with the consent or acquiescence of a public official. See *Ortiz v. Gramajo*, 886 F.Supp. 162 (D. Mass. 1995)) constituted torture. However, no case law on point within the context of 18 USC 2340.

(3) (U) Finally, U.S. military personnel are subject to the Uniform Code of Military Justice. The punitive articles that could potentially be violated depending on the circumstances and results of an interrogation are: Article 93 (cruelty and maltreatment), Article 118 (murder), Article 119 (manslaughter), Article 124 (maiming), Article 128 (assault), Article 134 (communicating a threat, and negligent homicide), and the inchoate offenses of attempt (Article 80), conspiracy (Article 81), accessory after the fact (Article 78), and solicitation (Article 82). Article 128 is the article most likely to be violated because a simple assault can be consummated by an unlawful demonstration of violence which creates in the mind of another a reasonable apprehension of receiving immediate bodily harm, and a specific intent to actually inflict bodily harm is not required.

4. ~~(b)(7)(F)~~ ANALYSIS: The counter-resistance techniques proposed in the JTF-170-J2 memorandum are lawful because they do not violate the Eighth Amendment to the United States Constitution or the federal torture statute as explained below. An international law analysis is not required for the current proposal because the Geneva Conventions do not apply to these detainees since they are not EPWs.

(a) ~~(b)(7)(F)~~ Based on the Supreme Court framework utilized to assess whether a public official has violated the Eighth Amendment, so long as the force used could plausibly have been thought necessary in a particular situation to achieve a legitimate governmental objective, and it was applied in a good faith effort and not maliciously or sadistically for the very purpose of causing harm, the proposed techniques are likely to pass constitutional muster. The federal torture statute will not be violated so long as any of the proposed strategies are not specifically intended to cause severe physical pain or suffering or prolonged mental harm. Assuming that severe physical pain is not inflicted, absent any evidence that any of these strategies will in fact cause prolonged and long lasting mental harm, the proposed methods will not violate the statute.

(b) ~~(b)(7)(F)~~ Regarding the Uniform Code of Military Justice, the proposal to grab, poke in the chest, push lightly, and place a wet towel or hood over the detainee's head would constitute a per se violation of Article 128 (Assault). Threatening a detainee with death may also constitute a violation of Article 128, or also Article 134 (communicating a threat). It would be advisable to have permission or immunity in advance from the convening authority, for military members utilizing these methods.

(c) ~~(b)(7)(F)~~ Specifically, with regard to Category I techniques, the use of mild and fear related approaches such as yelling at the detainee is not illegal because in order to communicate a threat, there must also exist an intent to injure. Yelling at the detainee is legal so long as the yelling is not done with the intent to cause severe physical damage or prolonged mental harm. Techniques of deception such as multiple interrogator techniques, and deception regarding interrogator identity are all permissible methods of interrogation, since there is no legal requirement to be truthful while conducting an interrogation.

~~SECRET/NOFORN~~



~~SECRET/NOFORN~~

JTF170-SJA

SUBJECT: Legal Brief on Proposed Counter-Resistance Strategies

(d) ~~(S/AF)~~ With regard to Category II methods, the use of stress positions such as the proposed standing for four hours, the use of isolation for up to thirty days, and interrogating the detainee in an environment other than the standard interrogation booth are all legally permissible so long as no severe physical pain is inflicted and prolonged mental harm intended, and because there is a legitimate governmental objective in obtaining the information necessary that the high value detainees on which these methods would be utilized possess, for the protection of the national security of the United States, its citizens, and allies. Furthermore, these methods would not be utilized for the "very malicious and sadistic purpose of causing harm," and absent medical evidence to the contrary, there is no evidence that prolonged mental harm would result from the use of these strategies. The use of falsified documents is legally permissible because interrogators may use deception to achieve their purpose.

(e) ~~(S/AF)~~ The deprivation of light and auditory stimuli, the placement of a hood over the detainee's head during transportation and questioning, and the use of 20 hour interrogations are all legally permissible so long as there is an important governmental objective, and it is not done for the purpose of causing harm or with the intent to cause prolonged mental suffering. There is no legal requirement that detainees must receive four hours of sleep per night, but if a U.S. Court ever had to rule on this procedure, in order to pass Eighth Amendment scrutiny, and as a cautionary measure, they should receive some amount of sleep so that no severe physical or mental harm will result. Removal of comfort items is permissible because there is no legal requirement to provide comfort items. The requirement is to provide adequate food, water, shelter, and medical care. The issue of removing published religious items or materials would be relevant if these were United States citizens with a First Amendment right. Such is not the case with the detainees. Forced grooming and removal of clothing are not illegal, so long as it is not done to punish or cause harm, as there is a legitimate governmental objective to obtain information, maintain health standards in the camp and protect both the detainees and the guards. There is no illegality in removing hot meals because there is no specific requirement to provide hot meals, only adequate food. The use of the detainee's phobias is equally permissible.

(f) ~~(S/AF)~~ With respect to the Category III advanced counter-resistance strategies, the use of scenarios designed to convince the detainee that death or severely painful consequences are imminent is not illegal for the same aforementioned reasons that there is a compelling governmental interest and it is not done intentionally to cause prolonged harm. However, caution should be utilized with this technique because the torture statute specifically mentions making death threats as an example of inflicting mental pain and suffering. Exposure to cold weather or water is permissible with appropriate medical monitoring. The use of a wet towel to induce the misperception of suffocation would also be permissible if not done with the specific intent to cause prolonged mental harm, and absent medical evidence that it would. Caution should be exercised with this method, as foreign courts have already advised about the potential mental harm that this method may cause. The use of physical contact with the detainee, such as pushing and poking will technically constitute an assault under Article 128, UCMJ.

~~SECRET/NOFORN~~

UNCLASSIFIED

NO. 075 P. 12  
P. 13

~~SECRET//NOFORN~~

JTF170-SJA

SUBJECT: Legal Brief on Proposed Counter-Resistance Strategies

4  
5. ~~SAT~~ RECOMMENDATION: I recommend that the proposed methods of interrogation be approved, and that the interrogators be properly trained in the use of the approved methods of interrogation. Since the law requires examination of all facts under a totality of circumstances test, I further recommend that all proposed interrogations involving category II and III methods must undergo a legal, medical, behavioral science, and intelligence review prior to their commencement.

---

6. (U) POC: Captain Michael Bordera, x3536.



DIANE E. BEAVER  
LTC, USA  
Staff Judge Advocate

~~SECRET//NOFORN~~

7

UNCLASSIFIED