

RESUME. — On a dit des « mémos sur la torture » qu'ils ne satisfont pas aux standards professionnels de franchise et d'indépendance, constituent un jugement sélectif du droit existant, voire profondément excentrique, et qu'ils ont été rédigés pour seule fin d'aboutir à l'approbation inconstitutionnelle du *waterboarding* et d'autres techniques de la CIA. En février 2010, le DOJ a annulé les résultats d'une enquête interne du bureau de la responsabilité professionnelle, et conclu que John Yoo, un avocat de l'administration Bush co-auteur de ces notes de service, n'était coupable d'aucune faute professionnelle. Néanmoins le juge Jeffrey White a laissé prospérer en juin 2009 une plainte intentée par Jose Padilla, actuellement condamné pour terrorisme, selon laquelle les techniques d'interrogation extra-pénale justifiées par Yoo ont conduit à le torturer. Loin d'être une question seulement théorique, l'analyse constitutionnelle et théorique de la responsabilité attachée à ces notes de service reste au cœur de la résolution décente de la guerre contre le terrorisme.

Mots clé : Terrorisme – dérogation – suspension de droits fondamentaux – responsabilité – Schmitt – Dicey

ABSTRACT. — It has been said that the “torture memos” written during the War on Terror fell far short of professional standards of candid advice and independent judgment, involved a selective and in places deeply eccentric reading of the law and finally were reverse engineered to reach pre-determined unconstitutional outcomes (approvals of waterboarding and other CIA techniques). Last February 2010, the DoJ overruled the findings of an internal ethics investigation by the DOJ Office of Professional Responsibility and concluded that John Yoo, a Bush administration lawyer who co-wrote these memos, was not guilty of any professional misconduct. Last June 2009 however, Judge Jeffrey White had refused to dismiss a lawsuit brought by convicted terrorist Padilla that claims Yoo's legal opinions endorsing enhanced interrogation techniques led to him being tortured. Far from being a theoretical question, the constitutional and theoretical analysis of the liability attached to these memos, now to be adjudicated, remains at the heart of a decent way out of the War on terror.

Keywords: terrorism – derogation – suspension of fundamental rights – liability – Schmitt – Dicey

**Dicey revisité. De la responsabilité des juristes
dans la suspension du droit pénal**
Remarques sur la décision sur la compétence dans l'affaire *Padilla v. Yoo*

Julien CANTEGREIL
École Normale Supérieure

À Joanne Mariner
Dies irae, vitalitas juris

La *War on terror* menée par l'administration Bush a suscité l'intense activité doctrinale que l'on sait.¹ Les controverses sur la prétendue légalité des restrictions, voire suspensions de droits fondamentaux introduites en matière pénale sont innombrables. Mais la doctrine a peine à s'engager dans l'analyse d'un second phénomène, devenu public au cours de l'année 2009 et presque plus intrigant : la persistance de ces dérogations malgré l'arrivée d'une Administration qui avait justement fait programme de les révoquer². Les pages suivantes commenceront par revenir sur les modalités de cet effet cliquet inattendu (I).

À l'heure où la question de la responsabilité des juristes de l'administration Bush qui ont justifié le recours aux dérogations les plus extrêmes s'est elle aussi immiscée dans le débat public américain, l'interrogation doit aller plus loin encore. Car la difficulté que rencontre la nouvelle Administration à répudier certaines des dites restrictions aux droits fondamentaux tient en partie à l'absence de jugements de ceux qui les avaient promues. Près d'un demi-siècle après la décision *U.S.A. v. Alstötter*,³ cette situation invite à s'interroger à nouveau et dans ce contexte particulier sur la responsabilité de la doctrine dans l'orientation des affaires publiques. La décision sur la compétence dans l'affaire *Padilla v. Yoo* nous en fournit une évidente opportunité (II)⁴.

1 Cette réflexion a prolongé sur le terrain de la responsabilité une présentation faite le 8 juin 2009 au Collège de France (et reprise dans le dossier thématique du numéro 1/2010 de la *Revue de science criminelle*, à l'ensemble duquel nous renvoyons). Nos remerciements vont aux professeurs Delmas-Marty, Giudicelli et Halpérin, organisateurs du colloque, au sénateur Robert Badinter et aux intervenants.

2 V. en dernier lieu, les propos d'Harold Koh sur l'"Emerging 'Obama-Clinton Doctrine'" et "The Law of 9/11" in "The Obama Administration and International Law", *Ann. Meeting of the Am. Soc'y of Int'l Law* (Wash., DC, 25 mars 2010)

3 *United States of America v. Astötter et al.* 3 W.T.C. 1 (1948), 6 L.R.T.W.C. 1 (1948).

4 V. aussi, par incidence, l'opportunité fournie par la décision de la Cour d'appel de Paris dans son audience de fixation du 15 avril 2010 de faire rejurer cinq anciens détenus français de Guantánamo

I. — L'EFFET CLIQUET DE LA *WAR ON TERROR*, 2001-2010

L'administration Bush Jr. a eu tôt fait d'adopter après les attaques de septembre 2001 une stratégie de lutte antiterroriste répressive inédite (I.A). Par effet cliquet, on désigne le fait que la nouvelle administration ne l'a que marginalement remise en cause au printemps 2010 (I.B).

A. — *La war on terror*

Sur longue période, la stratégie répressive américaine en matière terroriste reste pénale (1). Sa dimension extra-pénale fait la spécificité de la stratégie de l'Administration Bush Jr. (2).

1 - Dérogations au droit pénal

Avant 2001, les autorités américaines agissaient dans le cadre du droit pénal lorsque les actes terroristes commis à l'étranger ne leur semblaient pas impliquer d'États⁵ : elles demandaient assistance à d'autres États pour rassembler les preuves nécessaires sur le territoire de ces derniers ; elles engageaient une procédure d'extradition quand les présumés terroristes avaient fui dans un autre État.⁶ Lorsque les actes terroristes internationaux étaient commis sur le territoire des États-Unis, les autorités américaines continuaient de recourir au paradigme pénal – l'attaque du World Trade Center (1993) ou les tentatives d'attaques du Los Angeles International Airport (2000) ont été considérées et traitées comme des conspirations criminelles.

Cette stratégie pénale reposait sur les trois piliers suivants. Une action conventionnelle, notamment en matière d'extradition (exception politique).⁷ Une action législative, initiée par l'*Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act* de 1986,⁸ poursuivie à la marge par les *Antiterrorism Acts* de 1987⁹ et 1990,¹⁰ et devenue quasi globale dès après l'explosion précitée de 1993 et celle d'Oklahoma City de 1995 : l'*Antiterrorism and Effective Death*

5 Sur le recours au paradigme des « petites guerres » dans le cas d'actes terroristes commis à l'étranger par des États (sanctions, menaces diplomatiques, ou droit à l'autodéfense militaire), V. Ph. Heymann, *Terrorism and America : A Commonsense Strategy for a Democratic Society* (Cambridge : MIT Press, 1998).

6 V. l'*Antiterrorism Act of 1990*, Pub. L. 101-519, 18 USC §§ 2331 (Supp. 1991), § 2333 et s., l'*Antiterrorism Act of 1992*, 18 USC § 2331 et s. et le rapport du House Committee on the Jud. H.R. Rep 102-1040 (102d Cong., 2e sess.).

7 *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings* (12 janvier 1998) et 18 U.S.C. § 2332f résultant du *Terrorist Bombings Convention Implementation Act*, Pub. L. No. 107-197, § 102 (a), 116 Stat. 721 (2002).

8 Le droit pénal américain n'avait de portée extraterritoriale qu'en matière d'homicide ou d'attaque contre certaines personnes de haut rang, V. les discussions sénatoriales : 132 Cong. Rec. (1986), p. 1718 et 2355-56. Comp. *Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act of 1986*, Public L. No. 99-399, 100 Stat. 853 (27 Août 1986), et not. 18 U.S.C. § 2332, et son utilisation dans *United States v. Bin Laden*, 93 F. Supp. 2d 484 (S.D.N.Y. 2000) et *United States v. Reid*, No. 02-cr-10013 (D. Mass. Jan. 16, 2002) (Dkt. No. 5).

9 Pub. L. No. 100-204, 101 Stat. (1987), p. 1407 (codifiée à 22 U.S.C. (1994), p. 5201-5203).

10 Pub. L. No. 101-519, 104 Stat. (1990), p. 2250 (codifiée à 18 U.S.C. 2332 (1994), p. 2333-2338). Pour une liste complète à cette date, V. *International Terrorism : A Compilation of Major Laws, Treaties, Agreements and Executive Documents* (Library of Congress, 102d Cong., 1st Sess., Comm. Print 1991), p. 160-71.

*Penalty Act of 1996*¹¹ avait en particulier étendu l'incrimination déterminante de « material support »¹² et permis d'intensifier la lutte contre le financement du terrorisme international.¹³ Enfin une présidentialisation de la stratégie répressive (pénale, mais aussi clandestine et militaire) en matière de « terrorisme international ».

Une large part de l'action législative et réglementaire initiée après 2001 a confirmé le choix de recourir à une stratégie répressive *pénale* en matière terroriste, quitte à introduire des dérogations croissantes au droit commun. C'est le cas au niveau législatif par le *Patriot Act*, qui a confirmé les choix pénaux initiés en 1986 et 1996, et leur a adossé d'autres volets pour couvrir désormais depuis la sécurité des frontières jusqu'à la régulation des transactions financières, et depuis le statut et de la détention des immigrants jusqu'à la coopération entre les agents du renseignement et ceux de la police.¹⁴ Aux réformes législatives se sont ajoutées des réformes réglementaires : outre les conditions de la détention,¹⁵ ces dernières ont significativement facilité les enquêtes¹⁶ en abaissant notamment le seuil de suspicion (pour les non Américains¹⁷ puis pour les Américains¹⁸) à partir duquel le FBI peut recourir à des informateurs ainsi qu'à d'autres activités clandestines.

Ces réformes, ainsi que l'amélioration du renseignement résultant des réformes institutionnelles menées dans la foulée de l'institution du *Homeland Security Department*, ont permis aux services judiciaires d'engager une action résolue contre le terrorisme. On sait désormais que les procureurs ont alors davantage recouru aux incriminations de « conspiration » et de « soutien matériel » au terrorisme pour arrêter et détenir des individus suspects dont ils

11 Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214 (24 Avr. 1996), not. 8 U.S.C. § 1189 et § 1531 et s., et 18 U.S.C. § 2339A-B, § 2332d, §§ 842-844, § 956, § 1114, § 1956 (c) (7). Sur l'histoire législative, V. H.R. Rep. No. 104-383, pt. 1 (1995), p. 37-38 ainsi que Th. Martin, *The Comprehensive Terrorism Prevention Act of 1995*, 20 *Seton Hall Legis. J.* 201 (1996), en part. p. 210-19.

12 V. 18 U.S.C. §§ 2339B préc., qui amende la Section 2339 A originellement votée en 1994.

13 *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (1994) puis l'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (1996), V. 18 U.S.C. 1961-1968 (1994).

14 *The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (26 Oct. 2001). Sur ses apports, V. e.g., N. Abrams, *Anti-Terrorism and Criminal Enforcement* (2^e éd. 2005). Sur la relations entre renseignement et police, V. les référence aux Wall et aux règlements introduit par le Ministre de la justice anet Reno en 1995, in *9/11 Reports*.

15 *Custody Procedures*, 66 Fed. Reg. 48,334 (20 Sept. 2001) (codifié à 8 C.F.R. pt. 287).

16 Depuis le *Church Committee*, la forme générale des enquêtes ainsi que les exigences de mandat en matière d'enquête sont déterminées par des lignes directrices élaborées, et modifiables, par le ministre de la Justice.

17 V. *USA Patriot Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56, 218, 115 Stat. 272, p. 291 ainsi que *Memorandum from John Ashcroft, U.S. Attorney General, to Director, FBI, et al.* (6 mars 2002), pt. II.A. La « suspicion raisonnable » requise pour entamer une enquête correspond à un seuil très inférieur à celui de « la cause probable » du IV^e Amendement. Un simple « pressentiment » [*hunch*] était autrefois expressément considéré comme « insuffisant », alors il ne semble plus désormais qu'il y avait besoin d'un « objectif, une base factuelle pour entreprendre une enquête ». V. Ashcroft, *Id.*, p. 7.

18 Pour les citoyens américains, l'enquête pénale peut même être le premier motif de l'information dès lors que la fouille ou surveillance rassemble des informations qui peuvent être utilisées pour le renseignement, V. *In re Sealed Case*, 310 F.3d 717 (*Foreign Int. Surv. Ct. Rev.* 2002), p. 731. L'illégalité de nouveau partage au regard du FISA peut rester conforme au IV^e amendement, V. *In re All Matters Submitted to the Foreign Intelligence Surveillance Court*, 218 F. Supp. 2d 611 (*Foreign Intel. Surv. Ct.* 2002), p. 625.

pensaient que les connaissances pourraient s'avérer pertinentes pour les enquêtes de *Grand jury*.¹⁹ Il faut croire qu'ils ont utilisé ces incriminations de façon plus sélective puisque les procès, pourtant moins nombreux, ont conduit à davantage de condamnations.²⁰ Cette stratégie pénale fut complétée par une action résolue des services de l'immigration, qui ont utilisé largement les réformes du droit de l'immigration votées après septembre 2001 pour faire arrêter, interroger et expulser de nombreux immigrants illégaux suspectés de liens avec *al Qaeda*.

Sans entrer davantage dans la spécificité de ce versant dérogatoire au droit pénal commun de la *War on Terror*, rappelons qu'une part non négligeable de la pratique des autorités y est restée confidentielle. Certaines des initiatives ainsi menées ont été légales, comme le recours aux *National security letters* dûment autorisé par le *Patriot Act*²¹. D'autres en revanche ne l'ont manifestement pas été comme lorsque l'Administration a permis aux agents de la *National Security Agency*, comme il a été révélé en 2005, d'intercepter des appels internationaux hors du cadre du *Foreign Intelligence Surveillance Act* « lorsque le gouvernement a des "motifs raisonnables de croire" qu'au moins une partie de la communication est un membre ou un agent d'al Qaeda, ou affilié à une organisation terroriste ».²²

2 - Suspension du droit pénal

Le lieu de spécificité maximal de l'aspect répressif de la *War on Terror* réside pourtant ailleurs, savoir dans le caractère *non pénal* de la détention, de l'interrogation et du jugement des personnes qualifiées par l'exécutif de « combattant ennemi illégal ». Ce concept de « combattant ennemi illégal » (ECI) n'est pas neuf, même en droit américain.²³ Le problème auquel il renvoie n'est même pas inédit ni en droit américain²⁴ ni en droit international, puisqu'il est à l'origine de la codification du droit des conflits armés (les « francs tireurs »)²⁵ et que la Clause de Martens en procède en partie.²⁶ Mais il

19 V. R. Bascuas, "The Unconstitutionality of 'Hold Until Cleared': Reexamining Material Witness Detentions in the Wake of the September 11th Dragnet", 58 *Vand. L. Rev.* 677 (2005).

20 V. *The terrorist Trial Report Card, 2001-2009*, NYU School of Law, janvier 2010.

21 V. néanmoins les auditions de l'Inspecteur général Glenn Fine (DOJ) et du General Counsel Valerie Caproni (FBI), resp. devant le Senate Judiciary Committee en septembre 2009, et devant le House Judiciary Subcommittee on the Constitution, Civil Rights, and Civil Liberties le 14 avril 2010 sur les erreurs commises par le FBI (http://judiciary.house.gov/hearings/hear_100414.html). V aussi le rapport de janvier 2010 du DOJ sur cette question (<http://www.justice.gov/oig/special/s1001r.pdf>).

22 50 *U.S.C. § 1801-1863* (2006). V. le discours du Président Bush du 19 avril 2004, et la Lettre du 17 janvier 2007 d'Al. Gonzales (Atty. Gen.) aux Sén. Leahy et Specter (<http://fas.org/irp/agency/doj/fisa/ag011707.pdf>). Sur la légalité, V. *ACLU v. National Sec. Agency/Cent. Sec. Serv.*, 438 *F. Supp. 2d* (E.D. Mich. 2006), p. 754. EN dernier lieu, V. le partial summary judgment de la cour de district du Northern District of California en faveur de l'Al-Haramain Islamic Foundation in *In Re: National Security Agency Telecommunications Records Litigation*, Docket N°06-cv-01791-VWR (Doc. 721, 31 mars 2010).

23 V. *Ex parte Quirin* 317 U.S. 1 (1942).

24 V. les dispositions du « Code Lieber » sur le jugement des individus ayant commis des actes de violence clandestins ou de résistance à l'occupation.

25 La Convention de La Haye de 1899 a repris la distinction entre autodéfense et résistance prolongée.

signe pourtant mieux qu'aucun autre le caractère extrême de la *War on Terror* : il constitue la porte d'entrée technique et doctrinale aux suspensions de droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels.

Malgré l'opposition initiale du *State Department* mais confiant dans la légalité de sa stratégie, l'administration Bush a vite commencé d'en faire usage, selon une séquence désormais connue. On a défini ailleurs le « régime de l'ennemi combattant illégal » auquel ouvre cette qualification, et proposé de le caractériser par les quatre traits suivants, ici résumés.²⁷

Qualification. *A contrario* de la lecture littérale de la troisième convention de Genève – qui conduit à distinguer la protection offerte aux membres d'Al Qaeda et celle offerte aux Talibans²⁸ –, l'administration Bush a d'emblée subsumé ces deux catégories de combattants dans le concept unitaire d'ECI. Il suffit de se référer à l'argumentation du Department of Justice dans l'affaire *Parhat v. Gates* (avril 2008) pour saisir l'extension que l'administration Bush a donné à ce concept largement : elle a fondé la légalité de la détention à Guantánamo durant six ans d'un citoyen chinois musulman ouïgour pour les seuls liens de ce dernier avec l'*East Turkestan Islamic Movement*, sans qu'il se soit battu contre les États-Unis et alors que l'administration Bush n'avance aucune preuve qu'il avait voulu le faire.²⁹ Dans l'ensemble, les cours fédérales n'ont pas cru devoir condamner cette lecture extensive.

Contrôle de la qualification. Au moment où l'exécutif employait donc cette qualification de façon large, les individus ainsi qualifiés se voyaient déniés les moyens de la contester – même s'il est vrai que l'administration Bush a dû assouplir ses exigences du fait de la faiblesse des fondements constitutionnels initialement avancés (*Ex parte Quirin* et *Johnson v. Eisentrager*)³⁰ et d'une forte initiative contentieuse engagée notamment dans les affaires *Rasul*,³¹ *Hamdan*³² et *Boumediene*.³³ Malgré l'ambiguïté de leurs décisions, bien illustrée par celle

26 V. le flou entourant l'introduction de la Clause de Martens dans le préambule de la Convention de La Haye (II, 1899) et, en des mots légèrement différents, dans la Convention de La Haye (IV, 1907). V. aussi les références judiciaires in Tribunal militaire de Nüremberg, 10 février 1948, *États-Unis d'Amérique c. Krupp* ; TPI pour l'ex-Yougoslavie, 8 mars 1996, *Milan Martić* (IT-95-11, décision IT-95-11-R61) ; CIJ, avis consultatif sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, 8 juillet 1996, Rec., 1996, p. 26...

27 V. J. Cantegreil, « La doctrine du 'combattant ennemi illégal' », *RSC*, janvier-mars 2010, p. 75-104. Les données du présent texte sont actualisées au 31 mars 2010.

28 V. resp. CG III, Art. 4 (2) et les remarques de *Human Rights Watch*, Letter to the Secretary of State Condoleezza Rice (28 janvier 2002).

29 V. les *oral arguments* dans *Parhat v. Gates*, No. 06-1397 (D.C. Cir., Court of Appeal).

30 La jurisprudence *Johnson v. Eisentrager* de 1950 n'est pertinente qu'à la condition que Guantánamo ne puisse être assimilé à un territoire américain. En outre, si elle a alors considéré que la Constitution permet au gouvernement de refuser à l'ennemi situé hors des États-Unis l'accès aux tribunaux fédéraux américains, la Cour suprême a laissé ouverte la possibilité à des lois fédérales de donner aux ECI un accès spécifique aux tribunaux. Si les prisonniers sont des combattants illégaux, ils tombent sous l'empire du précédent *Ex parte Quirin*.

31 *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

32 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

33 La Cour suprême a décidé que le contrôle par le *US Circuit Court of Appeals for the DC Circuit* prévu dans le *Detainee Treatment Act* (2005) n'offre pas de « substitut adéquat », qu'elle estime nécessaire, pour les requêtes constitutionnelles d'*habeas corpus* introduits par les ECI détenus à Guantánamo, *Boumediene v. Bush*, U.S. (2008). Il s'est donc posé la

de la Cour d'appel du 4^e Circuit dans l'affaire *Al Marri v. Pucchiarelli*,³⁴ les cours fédérales auront plutôt aidé à contenir la restriction au droit au recours, notamment en relevant les standards de preuves à produire devant elles ès qualification comme ECI.³⁵ L'une des ultimes décisions de cette période, rendue en janvier 2009 à l'occasion de la pétition d'*habeas corpus* du Tchadien *El Gharani*, souligne bien les contraintes auxquelles les cours fédérales ont fini par soumettre l'exécutif en décidant que « cette mosaïque n'établit rien sur le requérant avec suffisamment de clarté, au plan individuel ou collectif [...] sur lequel la cour pourrait s'appuyer ».

Détention et interrogation. Là encore, un contentieux nourri a progressivement réintroduit des protections dans le régime de détention et d'interrogation des personnes préalablement désignées comme ECI. Après la décision *Hamdan* de 2006, le Congrès a ainsi engagé la responsabilité des interrogateurs en vertu des exigences de l'article 3 commun aux Conventions de Genève (tel qu'interprété par l'exécutif), ce qui a conduit le Président à prohiber que les interrogateurs de la CIA recourent à la torture et emploient des traitements cruels et inhumains. L'intense activité contentieuse menée après 2002 aura à cet égard utilement servi le destin procédural des détenus de Guantánamo qualifiés d'ECI.³⁶

Jugement. L'administration Bush a dénié aux cours civiles fédérales la compétence pour statuer sur les contestations d'*habeas corpus* des ECI. Se fondant sur son autorité de Commandant en chef, l'*Authorization for Use of Military Force*, les sections 821 et 836 de l'U.C.M.J.,³⁷ et la jurisprudence *Ex parte Quirin* précitée, le Président a institué des commissions militaires³⁸ pour juger des non-citoyens américains pour « les crimes qui relèvent d'une commission militaire ».³⁹ La compétence de ces commissions a été limitée aux citoyens étrangers, tout en étant appliquée à une classe d'individus plus grande que celle visée par le Président Roosevelt qui avait institué les premières de ces commissions sur le fondement de la décision *Ex parte Quirin* de 1942. Les règles procédurales de jugement pertinentes ont été modifiées⁴⁰ – pour plus de

question de savoir si la cour du D.C. Circuit avait autorité pour statuer sur les requêtes d'*habeas* en vertu du *DTA*...

34 Emblématique de la complexité et du clivage de la position des cours fédérales en matière de qualification est la décision *Al Marri v. Pucchiarelli*, (534 F.3d 213), et ses sept opinions largement divergentes dont aucune ne commande la majorité sur cette question cardinale.

35 V. l'annulation de la décision de district par la Cour d'appel dans *Gates v. Bismullah* (06-1397, DC Circuit).

36 V. la reconnaissance le 13 janvier 2009 par la chef des commissions militaires à Guantánamo, Susan Crawford, de l'utilisation de techniques de tortures dans l'interrogatoire de *Mohammed al-Qahtani*. V. aussi l'affaire *Jawad*.

37 V. resp. *Authorization for Use of Military Force*, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001) et 10 U.S.C. §§ 821, 836 (2000).

38 V. e.g., U.S. Dep't of Defense, Military Commission Order No. 1 (21 Mars 2002), 41 *ILM* 725 (2002) et U.S. Dep't of Defense, Military Commission Instructions, Nos. 1-10 (Avril 2003 – mars 2006).

39 V. Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non citizens in the War against Terrorism, 66 *Fed. Reg.* 57,831, 57,834, § 4 (Nov. 16, 2001).

40 Ch. Lane, "Terrorism Tribunal Rights Are Expanded", *Wash. Post*, Dec. 28, 2001, p. A1 ; J. Mintz, "Pentagon To Review Rules for Tribunals", *Wash. Post*, Nov. 26, 2003, p. A17 ; J. Mintz, "Pentagon, to Alter Military Tribunal Rules", *Wah. Post*, Feb. 6, 2004, p. 11 ; "Changes Proposed for Guantánamo Trials", *Wash. Post*, Mar. 27, 2005, p. A12 ;

prétendue « praticabilité », l'accusé n'a ainsi plus pu obtenir de révision de son procès qu'auprès de l'Exécutif.⁴¹

B. — *L'hypothèse d'un effet cliquet*

1 - La volonté affichée de répudiation

Les suspensions au droit pénal ainsi progressivement introduites par l'administration Bush ont dû affronter trois forces de reflux.

Critique constitutionnelle : les non-conformités constatées par la Cour suprême. La légalité de l'ensemble de la stratégie américaine de suspension des droits des personnes qualifiées par l'exécutif d'ECI a été contestée devant des cours civiles fédérales dès 2002. Cinq décisions de la Cour suprême fédérale rendues en 2004 et 2008 ont contraint l'exécutif à revenir sur la forme originelle du régime des ECI. Les décisions *Hamdi* et *Padilla* de 2004 ont limité les prétentions de l'exécutif à bénéficier en tant que *Commander in chief* d'un pouvoir constitutionnel, éventuellement inhérent, qui ne serait pas contrôlable judiciairement.⁴² La décision *Rasul* de 2004 relative à l'extension du droit législatif d'*habeas* « dans un territoire sur lequel les États-Unis ont exercé une compétence pleine et exclusive mais non "ultime" »,⁴³ n'a certes porté ni sur la « légalité de [la] détention » ni sur la nature exacte du contrôle factuel de la légalité de la détention par la cour de district ;⁴⁴ elle a néanmoins conclu que les tribunaux fédéraux américains pouvaient recevoir les requêtes d'*habeas corpus* des détenus étrangers à Guantánamo. Il est résulté de ces trois décisions une perte d'intérêt à localiser les détentions en question à Guantánamo, et donc à une décroissance de ces dernières au profit de celles localisées à Bagram (Afghanistan).

La Cour suprême a confirmé les limites aux prétentions initiales de l'Administration durant le second mandat Bush. Se déclarant compétente dans l'affaire *Hamdan* de 2006 précitée, elle a décidé que l'Administration n'avait pas reçu une autorisation législative suffisante pour instituer les procédures et la structure des Commissions militaires qui lui semblaient non conformes à l'*Uniform Code of Military Justice* et aux quatre Conventions de Genève de 1949, notamment l'article 3 commun que la Cour suprême estimait être incorporé dans l'UCMJ. Après que le Congrès en aura fourni une autorisation législative par le *Military Commission Act* of 2006, la Cour suprême décidera dans sa décision *Boumediene* du 12 juin 2008 que le requérant (étranger, capturé à l'étranger et détenu à Guantánamo) bénéficie

⁴¹ "Pentagon Alters Rules in Trials of Guantánamo Detainees", *Wash. Post*, Sept. 1, 2005, p. A6.

⁴² V. not.J. Elsea, « The Military Commissions Act of 2006: Analysis of Procedural Rules and Comparison with Previous DOD Rules and the Uniform Code of Military Justice », p. 3 (Congressional Research Service, 12 oct. 2006).

⁴³ V. *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S.Ct. 2711 (2004) et les mots de Justice Scalia : "The very core of liberty by our Anglo-Saxon system of separated power has been freedom from indefinite imprisonment at the will of the Executive.", *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004) (Scalia, J., dissenting), p. 554-555.

⁴⁴ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), p. 475.

⁴⁵ On a pu en déduire « l'absence d'une théorie juridique viable par laquelle conférer en l'espèce un writ d'*habeas corpus* », *Khalid v. Bush*, 355 F. Supp. 2d 311 (D.D.C. 2005).

bien du droit constitutionnel d'*habeas corpus*, et que le *Military Commission Act* of 2006 en constitue une suspension inconstitutionnelle.⁴⁵

Malgré ces limitations successives, l'administration Bush soutiendra judiciairement la doctrine de l'ECI jusqu'en 2009. C'est de l'administration Obama qu'est venue la volonté de la révoquer. Le Président s'y employa dès ses premiers *Executive orders* du 20 et 21 janvier 2009. Pour l'essentiel, cette volonté de révocation a reposé sur les deux éléments suivants.

Le constat de l'efficacité éprouvée du droit pénal. La force du système pénal durant l'administration Clinton avait été largement commentée, en matière d'arrestations comme de condamnations⁴⁶ – en témoignent les affaires de prises d'otages dans les années 1980, et dans les années 1990 l'explosion des Tours Khobar et des ambassades de l'Afrique de l'Est, le complot du Millénaire et les attaques contre le navire *USS Cole*.⁴⁷ L'évidence d'une telle efficacité avait d'ailleurs conduit l'administration Bush à commencer par mener ses premières poursuites dans le cadre pénal, fut-ce aux prix de dérogations. Ainsi en est-il allé pour le procès de Zacarias Moussaoui, dont il semble désormais qu'il ait été membre d'al Qaeda aux États-Unis et ait attendu des instructions qui ne sont jamais venues,⁴⁸ ou, malgré d'importantes dérogations, pour le procès du « Talibane américain » en Afghanistan John Walker Lindh.⁴⁹

Et de fait, au moment où un bilan dépassionné de la politique pénale des années 2001-2009 commence à être possible, le système pénal apparaît avoir contribué de façon efficace à la lutte antiterroriste durant l'administration Bush. Il est par exemple désormais établi que les cours civiles fédérales ont exercé leur compétence de façon quasi constante, et qu'elles ont fait preuve de souplesse dans l'évaluation de certains « écarts procéduraux » commis par l'administration Bush. *Ramzi Yousef* (explosion du vol 434 de la Philippine Airline), qui alléguait avoir été enlevé au Pakistan, torturé durant plusieurs mois puis transféré à des policiers américains à Islamabad,⁵⁰ a ainsi sans succès évoqué judiciairement la jurisprudence *United States v. Toscanino* de 1974.⁵¹

45 Sur l'impact de l'approche fonctionnelle adoptée dans cette décision, V. J. Cantegreil, « D'une stratégie contentieuse : sur la portée extraterritoriale de la Constitution américaine », in Jean-Marc Sorel (dir.), *Vers une internationalisation du jugement des actes de terrorisme international ?* (Paris : Pedone, 2010).

46 Le *9/11 Commission Report* (2004) a qualifié la poursuite des personnes impliquées dans l'explosion du World Trade Center de « superb investigative and prosecutorial effort », V. p. 94-96.

47 En avril 2009, un juge du SDNY a accordé des dommages aux familles des victimes en vertu du *Terrorism Recovery Insurance Act of 2002* et du *Death on the High Seas Act* (46 USC § 30302, qui n'inclut pas de dommages punitifs).

48 Judgment, *United States v. Moussaoui*, No. 01-cr-00455 (E.D. Va., 4 Mai 2006).

49 *United States v. Lindh*, 227 F. Supp. 2d 565 (E.D. Va. 2002). Sur les conditions d'interrogation (absence de « *Miranda* warnings », absence d'un avocat, violence, transfert à Camp Rhino), V. See Proffer of Facts in Support of Def.'s Suppression Mot, p. 14-20, *Lindh* (E.D. Va. June 14, 2002) (Dkt. No. 229) et Mem. in Opp'n to Def.'s Mot. to Compel Production of Discovery, p. 7-8, *Lindh* (E.D. Va. Mar. 29, 2002) (Dkt. No. 57).

50 *United States v. Yousef*, 927 F. Supp. 673, 677 (S.D.N.Y. 1996), p. 676-77.

51 *United States v. Toscanino*, 500 F.2d 267 (2d Cir. 1974). Depuis *Frisbie v. Collins*, 342 U.S. 519 (1952), p. 522 (réaffirmant *Ker v. Illinois*, 119 U.S. 436 (1886), p. 440), les cours n'ont identifié que deux circonstances étroites dans lesquelles un enlèvement irrégulier de l'accusé pourrait conduire une cour fédérale à perdre sa juridiction sur une affaire pénale : si l'enlèvement viole une disposition explicite d'un traité d'extradition pertinent ou si

On en voit un second exemple dans l'affaire *Padilla* où la cour fédérale de district a refusé de caractériser les conditions d'interrogation et de détention militaire du requérant comme une conduite « *outrageous* ». ⁵²

Bien qu'il soit encore difficile de préciser le nombre d'affaires introduites au niveau fédéral contre les associations terroristes comme *al Qaeda* et les individus et organisations qui leur sont liés, cette souplesse procédurale semble avoir généré une vague de condamnations pénales nombreuses et lourdes. Une étude fiable d'*Human Right First* a conclu à l'existence de 107 poursuites liées au terrorisme entre septembre 2001 et décembre 2007, tenues pour l'essentiel dans l'*Eastern District of Virginia*, le *Southern District of New York* et l'*Eastern District of New York*, qui ont conduit à 257 inculpations, et 139 mises en détentions après refus d'une libération sous conditions. ⁵³ Parmi les poursuites engagées, 160 inculpés ont déjà vu leur cas jugé et, à l'époque du rapport (mai 2008), 145 avaient été condamnés (après jugement ou *guilty plea*), ce que le gouvernement considérait en général comme un succès. Dans 111 cas, les inculpés ont finalement été condamnés à de la prison ferme. ⁵⁴

Critique politique : la répudiation partielle du terme. Aux constats de la non-conformité à la Constitution de certaines suspensions de droit, et de la grande efficacité du régime pénal alternatif, s'est ajoutée la volonté politique de répudier l'emploi même du terme d'« ennemi combattant illégal » qui introduit au régime de suspension de droits fondamentaux. Dès le 13 mars 2009, l'administration Obama a décidé de ne plus employer cette qualification et, à l'avenir, de ne plus détenir que ceux qui ont apporté un soutien « substantiel » aux forces talibanes ou d'*al Qaeda* (alors que la définition d'ECI exige la preuve d'un soutien « direct » de ces forces) ou un soutien « substantiel » aux forces autres que talibanes ou d'*al Qaeda* engagées dans des hostilités contre les États-Unis et ses partenaires de la coalition (alors que la définition précédente exigeait seulement un « soutien »). En outre, elle a lié la détention au fait que les personnes ont « directement » soutenu les hostilités pour aider les forces armées ennemies (alors que la qualification précédente exigeait seulement un « soutien » à de telles hostilités et n'exigeait pas que les forces ennemies aient été « armées »). ⁵⁵

2 - La difficile émergence d'un régime alternatif

⁵² L'enlèvement est accompagné de torture ou d'une autre conduite extrême qui « choque la conscience » de la cour.

⁵³ La cour a néanmoins pris en compte les conditions de détention de *Padilla*, V. Judgment, *Padilla* (S.D. Fla. Jan. 22, 2008) (Dkt. No. 1333).

⁵⁴ *In Pursuit of Justice: Prosecuting Terrorism Cases in the Federal Courts*, Human Rights First, 2008, Figures 9-13, p. 27-29. V. aussi *Terrorist Trial Report Card: September 11, 2001-September 11, 2009*, Center on Law and Security, NYU School of Law (janv. 2010). Comp. *Counterterrorism white paper*, Department of Justice, 22 juin 2006

⁵⁵ L'intérêt de la stratégie pénale pourrait évoluer suite à la décision de la cour suprême dans l'affaire *Holder v. Humanitarian Law Project* (08-1498 ; 09-89) relative au « material support ». V. les arguments oraux sur http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/08-1498.pdf (23 février 2010), not. le sort de la demande du Prof. Cole de voir appliquer le test de « strict scrutiny ».

⁵⁶ *Detainee Litigation Respondents' Memorandum Regarding The Government's Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantánamo Bay*, US District Court, DC Circuit, Misc. No. 08-442 (TFH) IN RE : 05-0763 (JDB) 05-1646 (JDB) Guantánamo Bay 05-2378 (JDB).

Le caractère cumulatif de ces contestations de la version forte de la suspension des droits ne laisse pas de surprendre au regard de la persistance des traits principaux de la *War on terror* par-delà la première année de la présidence Obama.

Sans doute la répudiation du terme d'ECI était-elle essentiellement rhétorique.⁵⁶ Bien que la contre-doctrine de la nouvelle Administration élaborée en termes « fonctionnels »⁵⁷, *i. e.* de « soutien substantiel » soit « informée » [*informed*] par les « principes du droit de la guerre », elle a d'emblée été marquée du sceau de l'ambiguïté. Le ministre de la Justice Holder l'a par exemple immédiatement conditionnée à « quelques raffinements supplémentaires » (*dixit*) introduits dans le cadre d'un contrôle inter-agences ultérieur de toutes les facettes de la politique de détention. Du reste, cette nouvelle définition alternative à celle d'ECI ne concernait que les seuls individus détenus à Guantánamo ; elle modifiait alors peu les standards de détention et d'inculpation utilisés sous l'administration Bush ; et les modifications introduites n'emportaient aucun effet sur le pouvoir de détention à l'intérieur des États-Unis en cas avéré de « substantial support » pour terrorisme.

L'affaire *Rasul* a d'ailleurs très vite souligné certaines ambiguïtés de cette prétendue volonté générale de répudiation. Après que la Cour suprême fédérale avait établi dans la décision *Boumediene v. Bush* du 12 juin 2008 que les détenus de Guantánamo, même non Américains, ont le droit (constitutionnel) de contester leur détention devant une cour fédérale, la Cour suprême a décidé en décembre 2008 qu'il fallait reconsidérer l'affaire *Rasul v. Myers*, alors pendante, relative notamment à l'utilisation de la torture. Or le 12 mars 2009, à l'occasion de sa première expression devant un tribunal fédéral de sa position sur les réclamations des détenus de Guantánamo en matière de torture,⁵⁸ l'administration Obama a exhorté le tribunal du D.C. Circuit à refuser que le recours des requérants puisse prospérer au nom de ce que les étrangers détenus à Guantánamo ne bénéficieraient pas du *due process*, que les faits remontent à une période, quatre ans auparavant, où le droit en question n'aurait pas été si clairement établi et que permettre de tels procès « *for actions taken with respect to aliens during wartime would enmesh the courts in military, national security, and foreign affairs matters that are the exclusive province of the political branches* »...

Il faut voir dans cette ambiguïté l'expression de la difficulté structurelle de l'administration Obama, plus d'un an après sa prise de fonction, à revenir sur une gestion seulement pénale du terrorisme. Tel est l'effet cliquet de la *War on terror*, qui a conduit à ce que certains traits caractéristiques du régime de l'ECI perdurent, voire s'étendent.

Qualification d'ECI. À l'exception donc du terme « substantiel », la nouvelle définition (*refining*) proposée le 13 mars 2009 par l'administration Obama équivaut en réalité à celle utilisée par l'Administration précédente. Les

56 Stratégie toute relative, V. déjà l'extension de trois dispositions du *Patriot Act* ("roving" wiretaps, fourniture de données et disposition relative au "lone wolf") le 26 février 2010. Et en décembre 2009, la décision de non-lieu pour manque de « standing » dans une plainte relative à la non-constitutionnalité d'un amendement au FISA par le *Patriot Act* (50 USC § 1804, 50 USC § 1823), V. *Brandon Mayfield v. United States of America*, n°. 07-35865, US Court of Appeals for the 9th Circuit, CV-04-01427-AA.

57 V. le discours d'Harold Koh précité (15 mars 2010).

58 *Rasul v. Myers* (D.C. Circuit Court docket 06-5209).

preuves nécessaires à cette qualification n'ont pas davantage évolué bien que le Président Obama ait ordonné dès sa prise de fonction de les déterminer *de novo* et que le DC Circuit court ait donné (sous réserve qu'il a laissé au gouvernement la possibilité de lui demander de statuer *en banc* sur la question) une autorité élargie aux avocats des détenus de Guantánamo de contester les raisons du gouvernement de maintenir secrètes des informations relatives à la qualification de leurs clients. L'affaire *Habashi* témoigne de l'interprétation très restrictive des exigences posées par la décision *Hamdi v. Rumsfeld* en matière de preuve dans le cadre d'un contrôle d'une détention militaire par le Gouvernement.⁵⁹

Détentions indéfinies. Le 1^{er} avril 2010, le juge de district Thomas Hogan a conclu par un non-lieu, pour manque de compétence, la demande de 105 anciens détenus non américains de Guantánamo, depuis libérés, de voir malgré tout leur demande d'*habeas corpus* examinée.⁶⁰ Surtout, plusieurs affaires montrent que la nouvelle Administration a souhaité durablement maintenir sa prétention à pouvoir détenir indéfiniment au États-Unis des individus étrangers capturés à l'étranger⁶¹. À cet égard, le transfert dans un centre de détention civil du requérant de l'affaire *Ali Saleh Kahlah Al-Marri* ne doit pas faire illusion : il s'agissait moins pour l'administration Obama de le faire juger par une cour fédérale que de demander à la Cour suprême de conclure à un non-lieu pour absence de controverse (et présomption de régularité) et, partant, de ne pas statuer sur la décision de la Cour d'appel du quatrième Circuit en matière de pouvoirs présidentiels de détention...⁶² Tout en approuvant le transfert d'Al-Marri, la Cour suprême a annulé la décision de la cour d'appel accordant au Président l'autorité de détenir indéfiniment des suspects terroristes qui vivent légalement aux États-Unis.⁶³ Un appel de la décision de la Cour d'appel du DC Circuit dans l'affaire *Al-Bihani v. Obama* pourrait conduire la Cour suprême à préciser ce point.⁶⁴ Pour l'heure, sauf à être revue et annulée par une formation *en banc* de la Cour de Circuit ou par la Cour suprême, cette dernière décision qui formera le cadre des décisions futures

59 *V. Habashi v. Bush* (Dist., D.C. Circuit, docket 05-765).

60 *In Re : Petitioners seeking habeas relief in relation to prior detention at Guantánamo Bay*, Misc. N°08-0444 (TFH) (D.C. Circuit, district court, 1er avril 2010). Cette plainte résulte de la décision précitée de 2008 *Boumediene v. Bush*.

61 V. Harold Koh, "The Obama Administration..." précité. Et les travaux de la joint task force du DoD dirigée par l'amiral trois étoiles Robert Harward.

62 L'administration demande à la Cour de ne pas s'engager dans une « sensitive area where national security policy and the Constitution intersect » pour y décider une « complex constitutional questions in a hypothetical posture. »

63 Dans son ordonnance du 6 mars 2009, la Cour suprême laisse ouverte la question de savoir quelle aurait été sa décision si elle avait décidé l'affaire sur le fond. Sur l'applicabilité des standards du droit international humanitaire, V. l'analyse de Juge Walton dans *Gherebi v. Obama* (DDC, 22 avril 2009). Comp. avec l'interprétation de cette décision par Juge Bates dans *Hamlily v. Obama* (DDC 19 mai 2009).

64 Dans *Al-Bihani v. Obama* (5 janvier 2010, DC Circuit, docket 09-5051, No. 1:05-cv-01312-RJL), la Cour d'appel a maintenu de larges pouvoirs au Président, en décidant notamment que ce dernier n'est pas limité par le droit international, notamment le droit de la guerre dont il est décidé qu'il manque de « controlling force ». Les pouvoirs de détention du gouvernement ont été évalués au regard non du standard du "reasonable doubt" mais du standard, plus facile à satisfaire, de la "preponderance of the evidence", V. l'effet immédiat dans l'ordonnance du juge Kessler in *Mohammed al-Adabi v. Obama* (Civil Action No. 05-280 (GK)), 5 janvier 2010.

dans le DC Circuit a confirmé la définition large des pouvoirs de détention utilisée par l'administration Bush pour toute personne « *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* ». Voilà qui devrait compliquer à l'avenir, au-delà du cas du Yémen,⁶⁵ la possibilité pour les détenus d'obtenir judiciairement une ordonnance de libération, et plus aisée pour l'Administration de contester celle-ci au cas où elle était accordée.⁶⁶

Méthodes d'interrogations. Le Président Obama a ordonné dans son *Executive order on US detention practices* du 22 janvier 2009 la fermeture immédiate des lieux de détention de la CIA, où des interrogations dites « extensives » avaient été largement constatées. Il a simultanément rappelé l'interdiction du recours à la torture dans les enquêtes et révoqué à cette fin l'*Executive Order 13440* du 20 juillet 2007 qui limitait l'applicabilité à la CIA de l'article 3 commun aux Conventions de Genève.

Plusieurs incertitudes en matière d'enquêtes, de déclassification et de poursuites persistent pourtant. Symptomatiquement, dans l'affaire *Rasul v. Myers* précitée où l'administration Obama a demandé au tribunal (D.C. Circuit) de se déclarer incompétent au motif que « les étrangers détenus à Guantánamo n'ont pas de droit de *due process* », elle a par la même occasion exhorté la cour à confirmer la décision de « *qualified immunity* »,⁶⁷ conduisant *ipso facto* à ne pas pouvoir considérer les plaintes pour violation des droits de *due process*.⁶⁸ La Cour d'appel a décidé un non-lieu en avril 2009 au nom de ce qu'à l'époque de la détention à Guantánamo (2002-2004), il n'était pas « *clearly established that torture was illegal* »...⁶⁹ Et le 14 décembre 2009, la Cour suprême a refusé d'accepter le *writ of certiorari* dans cette affaire. En l'absence de certaines déclassifications, il n'est pas possible d'aller plus avant sur cette question.⁷⁰

Jugement par des commissions militaires. Le jour de sa prise de fonction Obama a demandé aux procureurs de Guantánamo de différer la poursuite des procédures devant les commissions militaires de 120 jours⁷¹ de façon à ce que

65 V. à cet égard la décision de maintien en détention indéfinie de Fahmi Salem Al-Assani et Suleiman Awadh Bin Agil Al-Nahdi dans *Al Adabi v. Obama*, Civil Action No. 05-280 (GK) (DDC, 25 février 2010). Avant la confirmation judiciaire précitée (janvier 2010) de la détention du Yéménite Ghaleb Nassar Al-Bihani, le gouvernement américain avait accordé le transfert de six détenus américains au Yémen en décembre 2009, et un juge fédéral avait accordé le même mois sa libération au Yéménite Saeed Hatim.

66 La juge Brown a reconnu qu'il pourrait y avoir des cas « plus difficiles » (*sic*) dans la mesure où Al-Bihani avait directement participé à une unité militaire : « *We have no occasion here, écrit-elle, to explore the outer bounds of what constitutes sufficient support or indication of membership [for a military or terrorist group] to meet the detention standard.* »

67 Selon l'administration Obama, permettre de tels procès « *for actions taken with respect to aliens during wartime would enmesh the courts in military, national security, and foreign affairs matters that are the exclusive province of the political branches.* »

68 L'administration a estimé que la décision *Kiyemba v. Obama* (18 février 2009, Circuit docket 08-5424) est devenu la « *controlling authority* » sur le fait que les prisonniers « *do not have due process rights.* »

69 *Rasul v. Myers*, F.3d, No. 06-5209 (D.C. Cir. April 24, 2009).

70 Sur l'action du directeur de la CIA, V. « *Under Panetta, a More Aggressive CIA* », *The Washington Post*, 23 mars 2010.

71 Le *Military Commissions Act* qui gouverne ces procédures donne au président l'autorité sur l'intégralité de la procédure et lui permet donc de suspendre toutes les activités de ces commissions militaires.

son Administration réévalue les dossiers des détenus et détermine le forum de jugement approprié. En avril 2009, il a finalement confirmé qu'il allait laisser les commissions militaires continuer à opérer, mais allait réformer leur procédure.⁷² Dès le 29 juin 2009, l'*Office of legal counsel* du ministère de la Justice a avancé que les détenus de Guantánamo jugés par les Commissions militaires aux États-Unis, estimés alors à moins de 60 individus, bénéficieraient de protections constitutionnelles, notamment la *due process clause* du V^e Amendement.⁷³ Les modifications apportées ont été précisées à l'automne 2001 à l'occasion du *National Defense Authorization Act of 2010*.⁷⁴

Il est incontestable que cette loi a introduit des améliorations procédurales, avant tout dans le domaine des ressources allouées à la défense⁷⁵ et des preuves. Alors que le *Military Commission Act of 2006* (octobre 2006) acceptait comme preuves des déclarations obtenues par le biais de traitements cruels, inhumains ou dégradants employés avant le 30 décembre 2005, la nouvelle loi les interdit. L'admissibilité des rumeurs est limitée, et certaines déclarations sont conditionnées au fait qu'elles ont été faites de façon volontaire.⁷⁶ L'encadrement des preuves s'approche donc de celui des cours fédérales.⁷⁷

Cela étant, la compétence de ces commissions reste extrêmement large. La substitution du terme d'« unprivileged enemy belligerent » à celui d'« unlawful enemy combatant », si elle a des avantages pour la défense,⁷⁸ pose des problèmes au regard de la clause d'*equal protection* puisque cette loi ne porte que sur les étrangers. En outre, l'Administration, qui entend le terme d'« hostilités » de façon très large,⁷⁹ considère que les personnes qui fournissent un soutien (*support*) aux hostilités peuvent être traitées de la même

72 V. le discours du Président Obama aux National Archives (21 mai 2009) à propos de la seconde catégorie d'affaires.

73 V. J. Bravin, « New Rift Opens Over Rights of Detainees », *Wall Street Journal* (29 juin 2009). Sur cette « constitutional due process approach », V. Le Memo du 4 mai 2009 de David Barron, Acting Ass. Att. General.

74 Dans l'affaire *al Qosi*, il a été décidé le 3 déc. 2009 que la modification du fonctionnement des cours militaires par le *Military Commission Act of 2009* ne permettait pas de modifier l'inculpation. A cet égard, V. les restrictions proposées par le *Enemy Belligerent Interrogation, Detention, and Prosecution Act of 2010* introduit par Sén. McCain et Lieberman, ARM10090 S.L.C. 111th Congress, 2nd Session S. II (6 mars 2010).

75 La loi dispose qu'il doit y avoir une opportunité « raisonnable » d'obtenir des témoins et des preuves, et qu'une telle opportunité doit être « comparable » à celle présente dans les cours fédérales, V. 18 U.S.C. § 3005. V. e.g. les commentaires sur la loi de Joanne Mariner, accessible sur le site www.findlaw.com.

76 V. le titre « Determination of Voluntariness ».

77 Pour les cours fédérales, V. l'exception de « public safety » à la règle de *Miranda* dans *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

78 Parmi les trois motifs conduisant à une telle qualification, le dernier est la « membership in Al Qaeda, whether or not the member has engaged in or supported hostilities against the US » : les Talibans ne sont donc plus nommés spécifiquement, ce qui conduit à distinguer Al Qaeda des Talibans, qui pourraient à l'avenir, peut-être, ne plus être considérés comme ennemis. Cette définition retire la section 948a (1) (ii) de l'ancienne définition et élimine donc la classe de personnes sujettes au procès par des commissions militaires.

79 Dans sa section 948d, relative à la compétence des commissions, la loi spécifie que celle-ci porte sur les crimes commis « before, on or after September 11, 2001 ». De fait, des détenus de Guantánamo ont été inculpés devant les commissions militaires pour des actes remontant à 1996.

manière que celles qui se sont engagées (*engaged*) dans des hostilités.⁸⁰ Surtout, cette loi accepte le jugement par les commissions militaires de personnes dont il est prétendu qu'elles ont commis ces crimes alors qu'elles étaient mineures.

Guantánamo. Le Président Obama avait indiqué en janvier 2009 vouloir fermer le camp de Guantánamo sous douze mois.⁸¹ Entre cette date et le 15 mars 2010, 57 détenus ont été transférés hors de Guantánamo dans 22 pays différents, qui dans 33 cas n'était pas le leur. Après qu'un panel de la Cour d'appel du DC Circuit avait suspendu l'examen de son cas à la lumière de la décision de la Cour suprême de 2008 *Boumediene v. Bush*, qui, selon elle, donnait entière compétence à la Cour de district en la matière, un juge de district du DC Circuit répondit favorablement au détenu yéménite à Guantánamo Bay Muhammed Yasin Basardh à sa requête d'*habeas corpus*, et ordonna sa libération.⁸²

La question s'était posée en novembre 2008 dans le cadre d'une procédure d'appel du gouvernement devant le D.C. Circuit Court du sort des personnes que le gouvernement ne considérait plus comme ennemi combattant illégal, n'avait pas l'intention d'inculper mais qu'il ne pouvait renvoyer dans un pays où il ne subirait pas de persécution. Mais dans les deux affaires *Kiyemba v. Bush*,⁸³ qui auraient pu conduire la Cour suprême à préciser le pouvoir des juges fédéraux quant au transfert des détenus anciennement qualifiés d'ECI, l'Administration a d'emblée avancé que le Congrès avait retiré aux juges ce pouvoir de contrôle sur le transfert et les conditions de détention, au risque donc de limiter considérablement les contestations relatives à Guantánamo.⁸⁴

Peu après, lors du discours du Président Obama aux *National Archives* (mai 2009), il est apparu que l'Administration entendait moins fermer Guantánamo que localiser cette commodité de détention ailleurs (à Thomson, Illinois). L'Administration a alors soutenu que le Président pouvait détenir indéfiniment des prisonniers de façon militaire sans les inculper. La tentative d'attentat de décembre 2009 par le Nigérian Abdulmutallab, dont il est apparu qu'il avait passé du temps au Yémen, a renforcé la résistance des administrations Bush puis Obama (conforté sur ce point précis par des organisations comme *Human Rights Watch*) à autoriser le retour au Yémen des

80 Plusieurs juges, comme Judge Bates, Judge Lamberth et Judge Kollar-Kotelly, ont décidé que le seul « soutien » n'est pas fonctionnellement équivalent à la « participation à des hostilités ».

81 Pour un exemple de stratégie, V. Ken Gude, *How to close Guantánamo*, *Cent. Am. Progress*, 23 juin 2008, p. 12 et s.

82 V. L'affaire *Basardh v. Bush* (DDC, 31 mars 2009).

83 *Kiyemba v. Bush* (Circuit docket, 08-5424 et 05-5487). La Cour suprême a finalement ordonné, après avoir d'abord accordé le *writ of certiorari*, à la Cour d'appel du DC Circuit de reconsidérer le cas de sept détenus Ouighurs de Guantánamo au vu de l'évolution des faits, V. *Kiyemba v. Obama*, 559 U.S. (1er mars 2010). Cette dernière cour doit décider s'il revient au pouvoir judiciaire d'ordonner la libération de détenus aux États-Unis.

84 Le 9 mars 2009, à l'occasion d'un nouveau *filig* à la Circuit court, le ministère de la Justice a avancé que dans l'éventualité où un détenu aurait récemment été déclaré judiciairement éligible à être libéré de la prison militaire, « there will be no relief » des tribunaux et que la seule possibilité restante de libération serait limitée aux efforts diplomatiques menés. Certains détenus peuvent vouloir continuer leur requête d'*habeas* après leur transfert hors de Guantánamo de façon à n'être plus qualifiés d'« ennemi combattant », bien que le ministère de la Justice ait, en l'espèce, demandé au juge Reggie B. Walton (DDC) de ne pas l'accepter.

Yéménites, qui constituent la moitié de la population de Guantánamo et ce surtout s'ils ne peuvent y être intégrés. Ces retours ont été suspendus.⁸⁵ Un an après le changement d'administration, Daniel Fried, envoyé spécial du président américain pour la fermeture de Guantánamo, a annoncé que le centre de détention américain de Guantánamo ne fermerait probablement pas avant la fin du mandat du président Barack Obama en 2013 :⁸⁶ bien que le statut des 240 détenus ait été contrôlé par plusieurs agences depuis un an, ce qui a donné lieu à autant de conclusions unanimes, une cinquantaine de détenus s'y trouvent donc dans une situation de flou juridique persistant.⁸⁷

Bagram. La confirmation en 2004 par la Cour suprême du droit des prisonniers de Guantánamo d'introduire une pétition d'*habeas Corpus* a conduit l'exécutif à stabiliser le nombre de détentions à Cuba tandis qu'il décuplait celui du camp militaire de Bagram, situé à 60 km au nord-est de Kaboul. La prison en compte aujourd'hui près de 600 (pour une capacité de 1 400), soit trois fois plus qu'à Guantánamo, dont 30 ne sont pas afghans et dont l'identité n'est connue que depuis janvier 2010.⁸⁸ L'administration Bush avait justifié les conditions de détention par le fait que l'Afghanistan – contrairement à la base de Guantánamo (Cuba) – est une « zone de guerre »⁸⁹.

L'administration Obama a durci les conditions de détentions de Bagram en ce sens qu'elle a conduit les cours à retirer le flou qui pouvait encore subsister sur la légalité des prétentions présidentielles.⁹⁰ Mi-janvier 2009, les cours afghanes ont commencé à juger certains prisonniers afghans détenus à Bagram. Le 20 février 2009, le Département de la justice américain a décidé que ces détenus ne sauraient contester leur détention devant une cour fédérale américaine. Le 2 avril 2009, le juge John Bates du district Court du DC Circuit a statué dans l'affaire *Al-Maqaleh* sur la question de savoir si des détenus afghans peuvent invoquer la *Suspension clause* de la Constitution.⁹¹ Son utilisation en l'espèce du facteur multi-test utilisé par la Cour suprême des États-Unis dans *Boumediene v. Bush*, l'a conduit à décider que trois détenus de la base aérienne de Bagram, qui n'ont pas été inculpés alors qu'ils ont été détenus plusieurs années, ont le droit constitutionnel de contester leur détention par voie d'*habeas corpus*.⁹² L'Administration a lié l'absence de droit

85 V. Susan Crabtree, « Feinstein : Halt transfers to Yemen », *The Hill* (21 décembre 2009).

86 *Presidential Memorandum-Closure of Detention Facilities at the Guantánamo Bay Naval Base*, 15 décembre 2009.

87 Le centre accueillait 240 détenus en janvier 2009, et fin janvier 2010, il en compte 192. L'administration vise à transférer une centaine de détenus vers l'étranger, et faire juger une quarantaine de détenus par des tribunaux civils ou des commissions militaires.

88 V. la liste publiée par le DoD le 15 janvier 2010 à la suite d'une action introduite en vertu du *Freedom of Information Act*, en particulier le U.S.C. 552 (b) b1)- (2).

89 V. les pétitions d'*habeas corpus* introduites par l'A.C.L.U. en février 2010 dans les affaires *Haji Abdul Wahidh et al.* (<http://www.aclu.org/files/assets/2010-2-26-WahidvGates-HabeasPetition.pdf>) et *Samiullah Jalatzai et al.* (<http://www.aclu.org/files/assets/2010-2-26-JalatzaiGates-HabeasPetition.pdf>). Sur des allégations de torture, V. H. Andersson, « Afghans 'abused at secret prison' at Bagram airbase », BBC, 15 avril 2010.

90 En mai 2006, le *New York Times* avait publié une enquête révélant comment deux détenus étaient décédés fin 2002 à la suite de mauvais traitements.

91 *Al Maqaleh v. Gates*, 604 F. Supp. 2d 205 (DDC, 2009), p. 235.

92 La partie de la décision du juge Bates selon laquelle les citoyens afghans de Bagram ne sauraient introduire de pétitions d'*habeas corpus* devant une cour fédérale a fait l'objet d'un appel par Haji Pacha Wazir, citoyen afghan détenu à Bagram sans y être inculpé depuis

et la non-applicabilité de la décision *Boumediene* en l'espèce au fait que cette affaire porte sur des personnes détenues dans une « active war zone » loin des États-Unis, et parfois même objet d'attaques armées. C'était tenter de préserver pour l'armée américaine le pouvoir de détenir des suspects partout sur la planète sans contrôle par des cours civiles américaines.⁹³

En novembre 2009, l'administration Obama a édicté de nouvelles lignes directrices permettant aux détenus de Bagram de contester leur détention indéfinie. Les détenus pourront se voir accorder les services de militaires américains pour rassembler des preuves classées et interroger des témoins de façon à leur permettre de contester leur détention, qui a parfois duré plus de cinq ans sans que ces derniers soient inculpés. Bien que ces militaires ne soient pas des avocats de profession, il est prévu qu'ils apportent une meilleure représentation des détenus devant les instances de contrôles composés de militaires.⁹⁴ Il est possible que certains soient soumis rapidement au système pénal afghan.

Drones. L'assassinat courant automne 2009 de Baitullah Mehsud, chef Taliban au Pakistan, a mis en lumière une ultime facette de la persistance du régime des « ennemis combattants illégaux ». Il a été établi d'une façon plausible, mais à ce jour encore contestée par l'Armée, que près de 666 personnes suspectées de terrorisme (et 177 victimes civiles) ont été tuées depuis 2009 au Pakistan par des missiles tirés depuis des drones américains⁹⁵ (ce nombre ne dépassait pas 230 personnes pour la période s'étalant de 2004 à 2008. Outre la pertinence stratégique d'une telle tactique (qui force notamment les membres d'al Qaeda à faire retour vers les villes et donc les civils comme en témoignent les dernières arrestations opérées à Karachi)⁹⁶, c'est sa légalité qui est actuellement mise en question.

Récemment, le président Obama a autorisé l'assassinat de l'Imam radical américain Anwar al-Awlaki, qui avait quitté après septembre 2001 la Virginie vers le Yémen, d'où il avait prétendument continué d'inspirer des extrémistes tels que le tireur de Fort Hood.⁹⁷ Un contentieux nourri a commencé de se former quant à la question de savoir si ces pratiques sont légales au regard du droit international⁹⁸ - dès lors que le gouvernement Pakistanais n'a donné aucune autorisation formelle, ainsi qu'au regard du droit constitutionnel - dès

2002, (Circuit docket 09-5303). Cet appel est pendant tant que n'est pas décidée l'affaire *Al-Maqaleh*.

93 V. le précédent de la décision *Al-Bihani v. Obama* (Circuit docket 09-5051, janvier 2010) : en temps de guerre, les détenus non combattants et de longue durée de Bagram ne sauraient invoquer le droit international.

94 A. Rubin, "U.S. Readies New Facility for Afghan Detainees", *New York Times*, 16 nov. 2009.

95 V. P. Bergen, K. Tiedemann, *The year of the Drone, An Analysis of U.S. Drone Strikes in Pakistan, 2001-2010*, New American Foundation (24 fév. 2010). En deux ans et demi, les talibans pakistanais, qui ont fait allégeance à Al Qaïda, ont été à l'origine d'une vague de plus de 360 attentats suicides et d'attaques commando qui ont tué plus de 3.100 personnes dans tout le pays.

96 V. aussi l'étude de Jenna Jordan, "When Heads Roll : Assessing the Effectiveness of Leadership Decapitation", *Security Studies*, 18:719-755, 2009, p. 734 et 754 pour les implications stratégiques.

97 Sc. Shane, "U.S. Approves Targeted Killing of American Cleric", *NYT*, 6 avril 2010

98 V. l'action initiée par l'ACLU in *ACLU v. DoJ, DoD and Department of State* (DC Circuit, 16 mars 2010), accessible sur http://www.aclu.org/files/assets/2010-3-16-ACLUvDOJ-Complaint_0.pdf

lors qu'elles reviennent à appliquer sans *due process* la peine de mort à un Américain?⁹⁹ Dans une audition de février 2010 devant les représentants, le Director of national intelligence Dennis C. Blair avait confirmé la possibilité de telles actions : « We take direct actions against terrorists in the intelligence community (...). If we think that direct action will involve killing an American, we get specific permission to do that. »¹⁰⁰ Le 15 mars 2010, Harold Koh, Legal advisor du State Department a justifié leur légalité, notamment en affirmant que le ciblage des frappes permet de distinguer les objectifs militaires des objectifs civils, et qu'il satisfait au principe de proportionnalité. Le doyen Koh a expliqué à cette occasion que dans la mesure où le droit international permet à un pays d'utiliser la force létale pour se défendre, comme les Etats-Unis qui restent prétendument menacé par al Qaeda, les attaques de drones ne pouvaient pas être considérées comme des « exécutions extrajudiciaires illégales ». ¹⁰¹

II. — DE LA RESPONSABILITE

Ce régime de suspension de droit aura bien constitué, selon le mot prémonitoire du président Obama : « the toughest single issue that we will face ». ¹⁰² Il faut voir dans leur persistance actuelle la signature durable de la *War on terror* : pas tant la facilité à avoir initié un cycle d'excès, que les difficultés qu'elle pose à pouvoir les répudier comme en témoigne les raisons entourant le retrait le 9 avril 2010 par la Maison blanche de la candidature du professeur Dawn Johnsen au poste de Directrice de l'*Office of Legal Counsel* du Ministère de la justice. Parmi de nombreuses stratégies menées depuis plus d'un an en ce sens (II.A), l'une des plus prometteuses consiste assurément à porter la réflexion sur la responsabilité des juristes qui ont élaboré une doctrine juridique justifiant l'utilisation de ce régime (II.B).

A. — Une doctrine responsable ?

Parmi les stratégies proprement juridiques, deux ont été élaborées avec un succès mitigé : la première pour rappeler l'efficacité de l'approche pénale, la seconde pour insister sur l'illégalité des dérogations, voire suspensions de droits fondamentaux opérées.

1 - Stratégies adoptées

a) Rappeler la force du droit pénal

99 V. aussi les remarques d'octobre 2009 du Special Rapporteur Philip Alston

100 Harold Hongju Koh, "The Obama Administration and International Law", *Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, 25 mars 2010*

101 V. sa réponse à quatre objections, *Ibid.*

102 Obama National Archives Speech, 21 mai 2009. Le mot est appliqué en particulier aux questions de détention.

La préconisation actuelle du ministre de la Justice Holder de faire juger plusieurs détenus de Guantánamo par des cours civiles¹⁰³ repose sur l'hypothèse selon laquelle le droit pénal offre des moyens répressifs adéquats.¹⁰⁴ Et certes, certaines dispositions pénales auraient pu être utilisées de façon directe. Ainsi de l'utilisation de plusieurs dispositions du Chapitre 11B du *Federal Criminal Code*¹⁰⁵ dans les procès relatifs aux attentats de 1998 et au *shoe bomber*.¹⁰⁶ D'autres dispositions, comme celles du *Seditious Conspiracy Act* (1861),¹⁰⁷ auraient permis d'engager une action davantage préventive de poursuite des conduites préparatoires au terrorisme.¹⁰⁸ Les dispositions du titre 18 de l'*United States Code*, notamment son extensive section 2339 A,¹⁰⁹ donnaient des moyens efficaces, souvent utilisés avant 2001 d'ailleurs, pour lutter contre les « petites mains » et « sympathisants » au terrorisme se trouvant aux États-Unis (ou dans leur compétence). Il était aussi possible d'inculper une personne en vertu d'une « incitation criminelle »¹¹⁰ qui interdit « l'intention qu'une autre personne ne s'engage dans une conduite constituant un crime décrit au titre 18 », *i.e.* « ordonner, conduire ou sinon favoriser la persuasion d'une personne de commettre un délit. »¹¹¹

103 V. Hearing before the Senate Committee on the Judiciary On "Oversight of the U.S. Department of Justice", 15 avril 2010 (accessible à <http://judiciary.senate.gov/hearings/hearing.cfm?id=4470>).

104 *Contra*, V.A. Kornblut et P. Flinn, "Obama aides near reversal on 9/11 trials", *The Washington Post*, 4 mars 2010.

105 Not. l'« Homicide or Serious Assault Against U.S. Nationals Outside the United States with Intent to Conduct Terrorism », 18 U.S.C. §§ 2332(a), 2331 (3).

106 V. récipr. *United States v. Bin Laden*, 93 F. Supp. 2d 484 (S.D.N.Y. 2000) et *United States v. Reid*, No. 02-cr-10013 (D. Mass. Jan. 16, 2002) (Dkt. No. 5). 2).

107 Sur 18 U.S.C. § 2384, V. *Ohio Grand Jury Charge*, 30 F. Cas., p. 1038.

108 Selon la formule de John Ashcroft, "We must prevent first, prosecute second", *Homeland Defense: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 107th Cong. (2001), p. 9. Concernant l'utilisation de 18 U.S.C. § 2384, V. *United States v. Khan*, 461 F.3d 477, 487 (4th Cir. 2006) et *United States v. Rahman*, 189 F.3d 88, 123 (2d Cir. 1999).

109 Sur l'utilisation de § 2339 A en l'absence de possibilité d'inculper pour « conspiracy » ou « tentative », V. Criminal Complaint, *United States v. Lakhani*, No. 03-cr-00880 (D.N.J. Aug. 11, 2003) (Dkt. No. 1) et *United States v. Lakhani*, 480 F.3d 171, 174-77 (3d Cir. 2007). Pour un exemple d'utilisation préemptive en l'absence de possibilité d'inculper pour un crime terroriste substantiel, V. Indictment, *United States v. Goba*, No. 02-cr-00214 (W.D.N.Y. Oct. 21, 2002) (Dkt. No. 42). E.g. Daniel Meron, "A Review of the Material Support to Terrorism Prohibition Improvements Act", Hearing Before the Subcomm. on Terrorism, Technology and Homeland Security of the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 51 (2005).

110 18 U.S.C. § 373. Les actes qui constituent une sollicitation ne permettent pas de bénéficier de la protection du 1er Amendement, V. *Rahman*, 189 F.3d, p. 116-17. Cela a été utilisé avec succès dans les affaires Abdel Rahman, Superseding Indictment, § 4, *United States v. Rahman*, No. 93-cr-00181 (S.D.N.Y. Oct. 19, 1994) (Dkt. No. 361), et Oussama bin Laden, Superseding Indictment, § 3, 12 (j), 12 (o), 12 (ww)-(zz), *United States v. Bin Laden*, No. 98-cr-01023 (S.D.N.Y. Mar. 12, 2001) (Dkt. No. 550). Cette option semble poser potentiellement davantage de conflits avec les réquisits du 1er Amendement que le soutien matériel n'en pose au regard des premier et cinquième amendements, mais le *Smith Act of 1940* dont le but est de protéger le pays contre la « violence, la révolution et le terrorisme » permet une stratégie similaire, V. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 501 (1951) (Vinson, C.J., plurality); accord *United States v. Blumberg*, 136 F. Supp. 269, 270 (E.D. Pa. 1955) (quoting *Dennis*, 341 U.S., p. 501).

111 18 U.S.C. § 2385. La Cour suprême a "narrow[ed] the statutory language to avoid a construction which would violate the First Amendment," *United States v. Silverman*, 248 F.2d 671 (2d Cir. 1957), p. 676. Dans sa décision *Brandenburg v. Ohio*, la Cour suprême a

D'autres dispositions pénales offraient un surcroît indirect d'efficacité. Des inculpations criminelles comme le vol d'identité, les fraudes aux cartes bancaires, les déclarations mensongères aux autorités fédérales¹¹² et autres fraudes au mariage¹¹³ ont d'ailleurs été utilisées pour arrêter après 2001 de façon préventive des personnes suspectées de terrorisme en vertu d'une inculpation pénale.¹¹⁴ De présumés terroristes ont aussi été inculpés de *conspiration* à commettre des crimes tels que la fraude, le blanchiment d'argent, le piratage d'aéronef, le racket ou le meurtre.¹¹⁵

Dans les deux cas, l'inculpation criminelle avait de fortes vertus préventives en facilitant la mise en détention des personnes qu'elles présumaient « dangereuses » au regard de la menace terroriste.¹¹⁶ Le *Bail Reform Act*, qui exige que la détention soit faite dans les conditions « les moins restrictives »,¹¹⁷ ne fait-il pas état d'une présomption pour que la personne inculpée de délit fédéral terroriste soit détenue dès lors qu'elle n'a pas démontré ne pas poser de risque à la communauté ou de danger de fuite ?¹¹⁸ A ce qui revient donc à un renversement de la charge de la preuve, s'ajoute la possibilité pour le gouvernement d'introduire dans cette procédure des preuves non admissibles au regard des *Federal Rules of Evidence*.¹¹⁹

Les potentialités ouvertes par le droit pénal, auxquelles l'administration Bush avait si rapidement cherché à déroger,¹²⁰ étaient donc nombreuses. Une part importante de la doctrine n'a pourtant pas estimé ce rappel de la force du droit pénal suffisante, et lui a préféré une stratégie de mise en accusation de l'Administration précédente pour les dérogations prétendues illégales qu'elle a décidées.

b) Rappeler les errements de la suspension du droit pénal

décidé que, en vertu du I^{er} amendement, l'advocacy de l'utilisation de la force ne peut être interdit sauf à être "directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action," 395 U.S. 444 (1969), p. 447. Il est probable que les cours interpréteront l'exigence d'« immédiateté » plus aisément à une époque où la communication peut-être instantanée et où existent des armes de destruction nucléaires ou biologiques.

112 V. *United States v. Biheiri*, No. 03-cr-00365 (E.D. Va. Jan. 12, 2004) (Dkt. No. 47) et *United States v. Biheiri*, No. 04-cr-00201 (Jan. 14, 2005) (Dkt. No. 89).

113 V. U.S. Dep't of Justice, *2007 Counterterrorism White Paper Update*, p. 20.

114 Comme l'a noté la 9/11 Commission, 15 des 19 preneurs d'otage du 11 septembre 2001 auraient pu être arrêtés du fait de leurs passeports et documents de voyage frauduleux, V. *9/11 Commission Report*, p. 384.

115 V. L'inculpation peut se faire soit comme conspiration de commettre un crime substantiel (18 U.S.C. § 32 ; 18 U.S.C. § 2339B...), soit en vertu de la loi générale de conspiration qui qualifie de crime le fait de "commit any offense against the United States." 18 U.S.C. § 371, V. *United States v. Mann*, 493 F.3d 484, 492 (5th Cir. 2007) ; *United States v. Munoz-Franco*, 487 F.3d 25, 45 (1st Cir. 2007) ; *United States v. Blackwell*, 459 F.3d 739, 760 (6th Cir. 2006) ; *United States v. Soy*, 454 F.3d 766, 768 (7th Cir. 2006). Enfin, les étrangers en situation irrégulière ont aussi pu se voir détenus, avant d'être expulsés, du fait du lancement à leur encontre d'une procédure relative aux lois d'immigration, V. le cas de Zacarias Moussaoui in *9/11 Commission Report*, p. 273.

116 Fed. R. Crim. P. 5 et 18 U.S.C. § 3242 (f) (1).

117 18 U.S.C. § 3142 (c) (1) (B).

118 V. 18 U.S.C. § 3142(e).

119 V. 18 U.S.C. § 3142 (f).

120 L'affaire *Al-Marri* est à cet égard édifiante, V. *Al-Marri v. Wright*, 487 F.3d 160 (4th Cir. 2007).

Cette stratégie a consisté à chercher à mettre à jour la pratique passée (1.b.1), et le cas échéant à la faire juger (1.b.2).

1.b.1) Mettre à jour la pratique passée

Les derniers mois ont permis de mettre à jour de très nombreuses violations de droits. Tout n'était pas nouveau mais les sources existantes ont parfois été mal utilisées.¹²¹ En tous les cas, les investigations, notamment sénatoriales, se sont poursuivies. Dans un rapport de la fin décembre 2008, le *Committee on Armed Forces* sénatorial a ainsi conclu que de hauts responsables de l'administration Bush, y compris le ministre de la Défense Rumsfeld, portent « la responsabilité majeure » des exactions commises par les interrogateurs américains dans des centres de détention militaires. Selon un rapport ultérieur du 16 avril 2009 publié par le *Select Committee on Intelligence* sénatorial et confirmant largement le rapport précédent, les anciens ministre de la Justice Ashcroft et Secrétaire d'État Rice (alors National Security Advisor) ont approuvé en 2002 l'utilisation du *waterboarding* (supplice de la baignoire) et autres techniques d'interrogation extrêmes utilisées par les agents de la CIA à l'encontre des détenus de Guantánamo.¹²²

Ces déclarations ont ouvert la voie à une stratégie massive de déclassification menée soit au nom de la « transparence et des valeurs démocratiques » comme le propose le troisième *Executive order* du Président Obama, soit par voie contentieuse. De nombreuses plaintes menées en vertu du *Freedom of Information Act* (FOIA) ont ainsi conduit le Ministère de la justice à rendre public, sous réserves de passages expurgés, des notes de service confidentielles de l'*Office of Legal Counsel* (OLC) relative aux techniques d'interrogatoire controversées de la CIA et à leur justification.¹²³ Le 27 février 2010, le

121 V. la fameuse note de service déclassifiée du 30 mai 2005 indiquant que Khaled cheikh Mohammed avait subi le *waterboarding* à 183 reprises en mars 2003...

122 V. not. les réunions du 17 et 24 juillet 2002 concernant Abu Zubaydah in *Reigning in the Imperial Presidency, Lessons and Recommendations Relating to the Presidency of George W. Bush* (mars 2009).

123 V. not. *Re : Authority for Use of Military Force to Combat Terrorist Activities Within the United States* (23/10/2001, pour Alberto Gonzales et William J. Haynes, signé par John Yoo et Robert Delahunty) ; *Legality of the Use of Military Commissions To Try Terrorists* (6/11/2001, pour Alberto Gonzales, signé par Patrick F. Philbin) ; *Re : Possible Habeas Jurisdiction Over Aliens Held in Guantánamo Bay* (28/12/2001, pour William J. Haynes, signé par John Yoo et Patrick Philbin) ; *Re : Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees* (22/01/2002, pour Alberto Gonzales et William J. Haynes, signé par Jay S. Bybee) ; *Re : Status of Taliban Forces Under Article 4 of the Third Geneva Convention of 1949* (7/02/2002, pour Alberto Gonzales, signé par Jay S. Bybee) ; *Re : (Classified Matter) Memorandum ("OLC 62")* (8/02/2002, pour William J. Haynes, signé par John Yoo) ; *Re : Potential Legal Constraints Applicable to Interrogations of Persons Captured by U.S. Armed Forces in Afghanistan* (26/02/2002, pour William J. Haynes, signé par Jay S. Bybee) ; *Re : The President's Power as Commander in Chief to transfer captured terrorists to the control and custody of foreign nations* (13/02/2002, pour William J. Haynes, signé par Jay S. Bybee) ; *Re : Swift Justice Authorization Act* (8/02/2002, pour Daniel J. Bryant, signé par Patrick F. Philbin) ; *Determination of Enemy Belligerency and Military Detention* (8/06/2002, pour l'Attorney General, signé par Jay S. Bybee) ; *Re : Applicability of 18 U.S.C. 4001 (a) to Military Detention of United States Citizen* (27/06/2002, pour Daniel J. Bryant, signé par John Yoo) ; *Re : Standards of Conduct for Interrogation Under 18 U.S.C. 2340-2340A* (1/08/2002, pour Alberto Gonzales, signé par Jay S. Bybee) ; *Re : Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States* (14/03/2003, pour William J. Haynes II, signé par John Yoo).

Chairman du *Senate Judiciary Committee*, Patrick Leahy, s'est dit prêt à demander une citation à comparaître du ministre de la Justice si ce dernier ne donnait pas accès aux emails relatifs aux notes de service sur la torture (« Torture memos »), pour l'instant confidentiels, des juristes du gouvernement Bush John Yoo et Patrick Philbin.

Dès avril 2009, le sénateur Patrick Leahy appelait à instituer une commission d'enquête indépendante en matière de torture durant l'administration Bush, dont il a suggéré qu'elle enquête notamment sur les membres de l'administration Bush, depuis le Vice President Dick Cheney jusqu'aux membres l'*Office of Legal Counsel* et du ministère de la Justice, jusqu'à des membres du Congrès, comme l'actuelle présidente (démocrate) de la chambre des représentants, Nancy Pelosi, qui ont autorisé le recours à des techniques dont il prétend qu'elles ne sont pas conformes au droit américain. Au même moment, d'autres personnes, parmi lesquels des membres démocrates du *US House Judiciary Committee*, dont son Chairman John Conyers, ont demandé au ministre de la Justice de nommer un conseiller spécial chargé d'enquêter sur les allégations de torture portées à l'encontre des fonctionnaires de l'administration Bush.

1.b.2) Juger

Cette mise en lumière, ou appel à la mise en lumière de pratiques passées a pu nourrir des actions en responsabilité. Le Président Obama a rappelé que ces actions ne concernent pas les interrogateurs de la CIA qui auraient appliqué à la lettre les procédures alors en vigueur.¹²⁴ Les deux actions engagées qui ont atteint le niveau de la Cour suprême n'ont pas été concluantes.

La première, *Ashcroft et al. v. Iqbal* rendue en mai 2009 et relative aux *rounds up* de la fin 2001, doit être lue avec attention. La majorité de la Cour suprême y a décidé que, sans conférer pour autant une nouvelle forme d'immunité juridique, elle exigeait de M. Iqbal qu'il prouve l'existence d'une action *directe et personnelle* du ministre de la Justice Ashcroft et du directeur du F.B.I. Mueller dans des actions prétendument non constitutionnelles alléguées en vue d'obtenir de leur part des dommages et intérêts.¹²⁵ L'espèce concernant l'action du FBI menée aux États-Unis contre des individus y vivant légalement, cette décision *Iqbal* indique mal quelle peuvent être les possibilités de poursuite de hauts fonctionnaires lorsqu'un détenu étranger allègue que des actes de torture ou de mauvais traitements ont été effectués à son encontre par des interrogateurs américains dans un site de détention américain hors des États-Unis, notamment Guantánamo. Mais on voit mal comment la Cour pourrait en ce cas assouplir les standards de preuves par rapport à cette décision *Iqbal*?¹²⁶

124 V. les remarques critiques de Joanne Mariner sur cette stratégie de *good apples* et *bad apples*, accessibles sur www.findlaw.com.

125 V. l'interprétation large donnée aux exigences de l'article 8 a des *Fed. R. Civ. P.*

126 V. le 5 février 2010, le rejet de non-lieu pour l'ancien ministre de la Défense Rumsfeld dans l'action *Bivens* introduite par deux Américains capturés lorsqu'ils travaillaient en Irak arguant que Rumsfeld était personnellement responsable de leur traitement prétendument inconstitutionnel durant leur détention par les forces américaines, *V. Vance and Ertel v. Rumsfeld et alii*, No. 06 C 6964 (US Distr. Court, North. Distr. of Illinois), Case 1:06-cv-06964 Document 214 Filed 03/05/10. *Contra*, la décision *al-Zaharani v. Rumsfeld*, Civil Action No. 09-0028 (ESH, D.C. Circuit) de janvier 2010 dans laquelle un juge de district

L'affaire *Rasul v. Myers* précitée avait à cet égard un intérêt certain. Les citoyens britanniques Shafiq Rasul, Asif Iqbal, Rhuheel Ahmed et Jamal Al-Harith, libérés de Guantánamo en mars 2004, s'étaient plaints dès après dans une lettre ouverte au Président américain d'avoir subi à Guantánamo des traitements abusifs semblables à ceux perpétrés dans la prison irakienne d'Abou Ghraib. Plainte fut déposée en leur nom en octobre 2004 contre notamment Donald Rumsfeld et le général Richard Meyers, ancien Chairman of the Joint Chiefs of Staff arguant de leur implication dans des « *deliberate and foreseeable action taken... to flout or evade the United States Constitution, federal statutory law, United States treaty obligations and long established norms of customary international law* ». Décidant cette affaire cinq mois avant que la Cour suprême ne décide l'affaire *Boumediene*, une cour de district puis la Cour d'appel du D.C. Circuit ont dénié aux requérants le droit de poursuivre ces fonctionnaires de haut rang.¹²⁷ Les requérants ont alors demandé un réexamen de leur cas par la Cour suprême au nom de ce que cette dernière avait décidé dans sa décision *Boumediene* de 2008 que les tribunaux fédéraux peuvent recevoir les requêtes d'*habeas corpus* introduites par des détenus de Guantánamo classés comme « combattants ennemis ». Le 15 décembre 2008, la Cour suprême américaine a accordé le *writ of certiorari*, annulé la décision d'appel et renvoyé l'affaire devant la cour de district du D.C. circuit pour que cette dernière la réexamine au regard de la décision *Boumediene*. La cour d'appel a rejeté la plainte.¹²⁸ Or le 14 décembre 2009, la Cour suprême a refusé le *writ of certiorari* dans cette affaire.¹²⁹

Malgré l'échec de ces deux actions contentieuses et l'emploi extensif du « secret defense » par la nouvelle Administration qui ralentit le développement du contentieux en ce domaine,¹³⁰ le Président Obama a affirmé ne pas empêcher par principe la possibilité de juger les juristes qui auraient participé à la rédaction de certaines notes de services condamnables.

a décidé que le Military Commission Act of 2006 (en l'espèce sa section 7 sur les personnes *properly detained*) empêche que puisse prospérer une affaire de prétendue « *unlawful treatment and wrongful death* » introduite par deux anciens détenus de Guantánamo contre Rumsfeld et plus d'une centaine d'officiers de l'armée en vertu de l'*Alien Tort Claims Act*.

127 La plainte introduite par le *Center for Constitutional Rights* n'a prospéré sur le fondement ni de l'*Alien Tort Statute* (manque de *subject matter jurisdiction*) ni du *Religious Freedom Restoration Act* (dans la mesure où les plaignants sont des étrangers et n'étaient pas aux États-Unis lors des prétendus faits).

128 *Rasul v. Myers*, n° 06-5209 (Consolidaté avec 06-5222), 24 avril 2009 (U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit).

129 December 14, 2009, (Order List : 558 U.S.), 227, *Rasul et al. v. Myers et al.*

130 Dans l'affaire *Mohamed v. Jeppesen Dataplan*, No. 08-15693 (No. v. 5:07-CV-02798-JW), relative à la prétendue torture de détenus au Maroc en 2002 après que ces derniers y ont été transférés par un vol organisé par la CIA, la nouvelle administration a confirmé devant la Cour d'appel du 9e Circuit adopter la même conception large du secret défense que l'administration Bush. La cour anglaise, saisie de la même affaire, a reconnu que le plaignant Binyam Mohamed a bien été torturé mais devoir clore l'affaire pour ne pas affecter la coopération anglo-américaine. Le 21 avril 2009, la Cour d'appel a annulé la décision de première instance au nom de ce que le gouvernement doit donner quelques preuves avant de pouvoir invoquer le secret défense. Sur cette question, V. « Attorney General establishes New State Secrets Policies and Procedures » (DOJ, 23 sept. 2009), accessible sur : www.usdoj.gov/opa/pr/2009/September/09-ag-1013.html.

Tel est sans doute le cœur des évolutions à venir en ce domaine : juger ceux qui ont aidé à propager, en la légitimant, le régime dérogatoire le plus extrême de la *War on terror*. Mais avant d'envisager cette action contentieuse ci, encore faut-il déterminer si une telle doctrine existe, et qui l'a alors portée.

2 - Porter le débat au niveau doctrinal

Les justifications juridiques données aux suspensions de droit précitées, et qu'il faudrait donc éventuellement juger, posent autant de problèmes qu'elles sont censées en dissoudre. Elles rencontrent notamment deux fortes objections que la doctrine visée doit au moins proposer de résoudre.

2. a. La prétendue légalité au regard du droit international

La doctrine de l'ECI doit être recevable au regard du droit international, notamment les conventions de Genève. Avant d'envisager le flot de justifications de la légalité de cette doctrine avancée par l'administration en matière de détention, d'interrogation et de jugement, il faut s'interroger sur la qualification même de combattant illégal, à laquelle renvoie le terme d'ECI. Ces combattants illégaux ne sauraient être protégés par la III^e Convention de Genève de 1949 puisque cette dernière porte sur toutes les personnes participant directement aux hostilités sans y être autorisées. Il y a néanmoins de bonnes raisons de croire (plusieurs travaux préparatoires de comités traitant de la III^e Convention de Genève y invitent en tout cas) que la IV^e Convention de Genève couvre les combattants illégaux dans la mesure où ces derniers vérifient les critères de nationalité.¹³¹ Quand bien même l'applicabilité de cette Convention serait limitée à certains types de combattants illégaux, les garanties minimales de l'article 75 du protocole additionnel de 1977 s'appliquent : il constitue désormais le droit international coutumier, valable pour tous les combattants illégaux, que ces derniers remplissent ou non les critères de nationalité. En tous les cas, la III^e Convention de Genève stipule clairement qu'il revient à un « tribunal compétent » de déterminer au cas par cas et *a priori* le sort des détenus capturés en Afghanistan et qualifiés d'ECI en cas de doute sur le bénéfice du statut de prisonnier de guerre. Ce tribunal est par nature judiciaire dès lors qu'il sert à juger une personne qui n'est pas dotée du statut de prisonnier de guerre pour un acte criminel commis au cours des hostilités.

Mais la justification des suspensions de droits ne saurait en rester à une exégèse de strict droit international car c'est l'applicabilité même du droit

131 Baxter semble limiter le champ d'application de la IV^e Convention de Genève aux combattants illégaux qui opèrent en territoire occupé. Mais le fait qu'il ne couvre pas la protection aux combattants illégaux opérant dans les territoires des parties à un conflit (Partie III, Section 1) et en territoire ennemi (Partie III, Section 2) n'est pas cohérent étant donné que la définition de la personne protégée est la même, V. R. Baxter, "So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas, and saboteurs", *British Yearbook of International Law*, 1951 et "The duties of combatants and the Conduct of hostilities (Law of The Hague)", in Henry Dunant Institute and Unesco (ed.), *International Dimensions of Humanitarian Law* (La Haye : Martinus Nijhoff, 1988). Certains commentateurs semblent ne pas reconnaître l'applicabilité de l'art. 4 de la IV^e Convention à tous les combattants illégaux mais ne fournissent pas d'analyse de l'article 4. Sur toutes ces questions, nous renvoyons à l'expertise de Knut Dörmann, « The legal situation of 'unlawful/unprivileged Combatants' », *RICR*, mars 2003, Vol. 85, n° 849, en part. p. 58-66.

international qui est contestée en l'espèce. Les tenants de la doctrine de l'ECI l'ont bien compris ; le cœur doctrinal de leur réponse aux objections est d'abord constitutionnel : il porte sur les pouvoirs *inhérents* du président et sur ce qu'il doit en être de l'intégration *judiciaire* du droit international conventionnel et coutumier dans l'ordre interne.

2.b. De deux doctrines constitutionnelles l'une

Encore faut-il pouvoir subsumer la pratique si évolutive de l'administration Bush sous une doctrine simple, éventuellement – on peut l'admettre provisoirement – constitutionnelle. Cette dernière devrait rendre compte au moins des trois difficultés (exécutives, judiciaires et législatives) suivantes.

Au niveau exécutif, les positions doctrinales de John Yoo et de Dick Cheney sur la non-applicabilité des Conventions de Genève en matière d'interrogation ont par exemple divergé (en ayant d'abord eu prévalence sur elles) de celles d'Alberto Mora ou de Colin Powell au point qu'il est difficile de parler ici d'une unique stratégie de l'exécutif. L'évolution des choix de l'exécutif s'organise plutôt selon une succession de deux doctrines exécutives : en matière d'interrogation par exemple, une ligne dure prônée par exemple par John Yoo (décembre 2003, et juin 2004 sur la torture), puis une ligne plus souple assumée en 2004 par Jack Goldsmith.

L'action contentieuse a joué un rôle essentiel. Les décisions *Rumsfeld v. Padilla* (2004), relative à un ressortissant américain arrêté aux États-Unis et *Hamdi v. Bush* (2004), relative à un ressortissant américain arrêté hors des États-Unis ont conduit à ce que l'exécutif finisse par conférer à Padilla et à Hamdi l'une des principales protections des Conventions de Genève : la détermination du statut de « ECI » par un « tribunal compétent », assortie de la présence d'un avocat et en vertu des règles constitutionnelles américaines de *due process*. Outre qu'elle s'est déclarée compétente, la Cour suprême a confirmé dans l'affaire *Rasul v. Bush* (2004) que les cours fédérales sont habilitées à juger de la légalité de la détention de personnes capturées à l'étranger par les forces armées américaines et détenues à Guantánamo, et que la notion constitutionnelle de procès équitable exige qu'un citoyen qui y est détenu en tant que « combattant ennemi » bénéficie de la faculté effective de contester la base factuelle de sa détention devant un tribunal impartial. Par suite, les autorités exécutives ont affirmé en mars 2006 que toutes les personnes alors détenues à Guantánamo avaient vu ou allaient voir leur statut examiné par un tribunal, en l'espèce militaire – ce qui n'est autre qu'une des obligations de la III^e convention de Genève dont ils refusent pourtant formellement l'application aux détenus...¹³²

Le semblant d'incohérence générale animant l'idée d'une doctrine unitaire des « ECI » résulte enfin des variations introduites au niveau législatif. Guère meilleur exemple à cet égard que les circonvolutions introduites par le *Detainee Treatment Act* (2005), la décision *Hamdan* (juin 2006) et le *Military Commission Act* (octobre 2006) sur la légalité des commissions militaires jugeant du statut d'ECI de Guantánamo.

En réalité, les évolutions présidentielles, législatives et judiciaires sont telles que s'il devait y avoir une doctrine constitutionnelle de l'ennemi combattant

132 V. G. Roña, « War Doesn't Justify Guantánamo », *Financial Times*. 1er mars 2004.

illégal, elle ne saurait être unitaire. Il suffit pour dissiper la majorité des difficultés liées à l'ambivalence et aux évolutions du contenu même de cette éventuelle doctrine qu'on lui reconnaisse deux variantes.

Une version faible de cette doctrine sous-tend l'analyse critique de la lutte antiterroriste menée par l'administration Bush faite par le professeur Jack Goldsmith (Harvard) dans *The Terror Presidency* (2007),¹³³ notamment en ce qui concerne les conditions d'interrogation et les moyens de surveillance. Ce directeur de l'OLC du ministère de la Justice, qui a répudié plusieurs notes internes sur les interrogations et torture, a démissionné en juin 2004, soit neuf mois seulement après son accession à ce poste.

Cette doctrine a aussi une version forte, dont la quintessence apparaît chez John Yoo, professeur de droit constitutionnel à Berkeley, assistant de l'Attorney General dans ses fonctions de conseiller juridique du Président Bush et de toutes les agences de l'exécutif jusqu'en 2004 et que le *New York Times* nommait « A Junior Aide [who] Had a Big Role in Terror Policy ».¹³⁴

B. — *L'opportunité du procès Jose Padilla v. John Yoo*

1 - Retour sur une doctrine

Les éléments substantiels de cette version forte de la doctrine des ECI sont connus. Ils dépassent les seuls ECI puisqu'en matière de IV^e amendement, John Yoo a par exemple affirmé que le Président peut permettre à la NSA de surveiller des communications de citoyens américains sur le sol américain sans mandat. Ils ont pu atteindre des positions extrêmes, notamment sur la torture où le fameux *Torture Memo* d'août 2002, aujourd'hui déclassifié, préconise l'utilisation de techniques d'interrogatoire renforcées par la CIA acceptées par le Secrétaire à la Défense en mars 2003 et qui vont jusqu'à imposer des douleurs et souffrances « jusqu'aux limites supportables par l'organisme » (*up to organ failure*).¹³⁵

133 J. Goldsmith, *The Terror Presidency, Law and Judgment Inside the Bush Administration*, W. W. Norton & Company, Juin 2007. V. aussi les précisions apportées dans J. Goldsmith et C. Sunstein, "Military Tribunals and the Legal Culture: What a Difference Sixty Years Makes," 19 *Const. Commentary* (2002), p. 261; J. Goldsmith et C. Bradley, "The Constitutional Validity of Military Commissions", 5 *The Green Bag 2d* 249 (2002); J. Goldsmith et C. Bradley, "The War on Terrorism: International Law, Clear Statement Requirements, and Constitutional Design," 118 *Harvard Law Review* (2005), p. 2683; J. Goldsmith et E. Posner, *The Limits of International Law* (Oxford: OUP, 2006) et J. Goldsmith et B. Chesney, "Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models," 60 *Stan. L. Rev.* (2008), p. 1079.

134 T. Golden, « A Junior Aide Had a Big Role in Terror Policy », *New York Times*, 23 déc. 2005.

135 V. *President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations Against Terrorists and Nations Supporting Them* (2001 WL 34726560 (2001)). Selon la note de service du 23 oct. 2001, il s'agissait là d'« identifier les paramètres juridiques à l'intérieur desquels les responsables politiques peuvent déterminer la manière de répondre à la menace terroriste » (*Authority to Use of Military Force to Combat Terrorist Activities Within the United States* (pour Gonzales et William J. Haynes, II, General Counsel Dpt of Defense, 2001, WL 36190674 (2001)). En avril 2002, à la suite de l'arrestation d'Abu Zubaydah, présenté par la CIA comme l'un des plus membres les plus importants de l'organisation terroriste al Qaeda, la CIA a demandé un avis sur les limites législatives à la torture. La note de service du 1er août 2002 fait suite à cette demande, elle est signée par Bybee,

Moins connue est la doctrine juridique, proprement constitutionnelle, qui nourrit ces évolutions substantielles. Les nombreuses notes de service rédigées par John Yoo pour la présidence ont influencé la politique menée par l'administration Bush ; les lire à la lumière de ses ouvrages sur la *War on terror*¹³⁶ permet de saisir la doctrine constitutionnelle plus large dans laquelle ils s'insèrent et qui, ainsi rassemblée, forme une doctrine cohérente.¹³⁷

The Power of War and Piece, publié en 2005, éclaire les fondements originalistes et « départementalistes » de l'interprétation de l'allocation constitutionnelle d'autorité entre les branches du gouvernement faite en matière de guerre et de relations étrangères. John Yoo y avance que la Constitution confère au Président un rôle beaucoup plus important dans les affaires étrangères et les opérations militaires qu'elle n'en confère aux autres branches du gouvernement fédéral ; que le Président n'a pas besoin d'une déclaration de guerre du Congrès pour envoyer des troupes militaires américaines sur le théâtre des opérations¹³⁸ et que les traités ratifiés par le Sénat sont dénués d'effets juridiques si le Congrès ne l'explicite pas.¹³⁹ *In War by Other Means*, publié l'année suivante,¹⁴⁰ éclaire l'implication spécifique de John Yoo dans la guerre contre le terrorisme : il revisite d'autres controverses de la *War on Terror*, depuis les écoutes téléphoniques faites en vertu de la NSA jusqu'à l'utilisation du statut juridique des « combattants ennemis ». À chaque fois, il convoque la nouveauté de ce type de menace pour répudier les modalités d'action traditionnelles. Enfin, *Crisis and Command*, publié début 2010, propose une justification historique et normative de la nécessaire supériorité de la présidence dans le système constitutionnel des *checks and balances*.¹⁴¹

assistant Attorney General : une note non classée est intitulée *Re : Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A* » (Memorandum for Albert Gonzales, Counsel to President), une autre, classée, est intitulée *Interrogation of al Qaeda Operative* » (Memorandum for John Rizzo, Acting General Counsel of the CIA). Sur la lettre de J. Yoo du 1er août 2002 répondant sur 6 pages à la question de Gonzales de savoir si les méthodes d'interrogations en question ne violent pas le *Torture statute* ou la Convention sur la torture ou pourraient être poursuivies en vertu de la Cour pénale internationale, Rapport de l'Office of Professional Responsibility, juil. 2009, p. 238. En réponse à une demande ultérieure du ministère de la Défense, une autre note de service, intitulée *Re : Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants held Outside the United States*, a été envoyée le 14 mars 2003 à destination de William J. Haynes, II, General Counsel of the DoD. V. Les éléments de réponse de Yoo et Bybee, à la date du 4 mai 2009, rapporté dans le rapport de Margolis précité, févr. 2010, p. 9 et s.

136 V. John Yoo, "Enemy Combatants and the Problem of Judicial Competence" in *Terrorism, the Laws of War, and the Constitution : Debating the Enemy Combatant Cases* (Hoover Institution Press, 2005).

137 Selon la note de service du 30 déc. 2004 signée par l'Acting Assistant Attorney General Dan Levin, chef de l'Office of Legal Counsel du DoJ, et annulant le Yoo-Bybee memorandum : "torture is abhorrent." AAG Dan Levin note néanmoins, dans une note de bas de page, que l'OLC "[did] not believe that any of their conclusions [in the prior memorandum] would be different under the standards set forth in this memorandum" ...

138 J. Yoo, "War, Responsibility, and the Age of Terrorism", *Stanford Law Review*, 2004.

139 J. Yoo, *The Powers of War and Peace : The Constitution and Foreign Affairs after 9/11* (Chicago : University of Chicago Press, 2005).

140 J. Yoo, *War by Other Means : An Insider's Account of the War on Terror* (New York : Grove/Atlantic, 2006).

141 J. Yoo, *Crisis and Command. A History of Executive Power from George Washington to George W. Bush* (Kaplan, 2010), où l'analyse porte sur Washington, Jefferson, Jackson, Lincoln et Franklin Roosevelt, puis sur les présidents de la guerre froide, de Truman à Reagan. Sur Lincoln et Franklin Roosevelt, comp. avec les vues exprimées par J. Goldsmith

L'analyse des notes de services de John Yoo, rendue possible par des déclassifications partielles autorisées en 2009, révèle plusieurs éléments essentiels de sa théorie. Les sections V et VI du « Bybee memo » qu'il a co-rédigé explicitent notamment, respectivement, sa conception des pouvoirs du *Commander in Chief* et des limites législatives à l'usage de la torture, et notamment l'impossibilité de poursuites.¹⁴² Selon les conclusions de la section V, les États-Unis sont en guerre avec al Qaeda (sous section A). Les pouvoirs du *Commander in Chief* du Président donnent à ce dernier l'unique et complète autorité sur la conduite de la guerre (sous-section B). Le droit doit, de manière générale, être interprété pour éviter des problèmes constitutionnels ; une loi pénale ne saurait être interprétée d'une façon telle qu'elle limite les pouvoirs de Président en tant que *Commander in Chief*. John Yoo préconise donc que l'OLC interprète la loi sur la torture de façon qu'elle « ne s'applique pas aux interrogations prises en vertu du pouvoir du Président comme *Commander in Chief* ». ¹⁴³ Comme il voit la détention et l'interrogation des ennemis prisonniers comme l'une des tâches essentielles du *Commander in Chief* (sous-section C), « tout effort par le Congrès de réguler l'interrogation des combattants capturés sur le champ de bataille violerait l'autorité unique du Président comme Commandant en chef ». John Yoo en déduit que les contraintes législatives à l'utilisation de la torture « représenteraient une limitation inconstitutionnelle de l'autorité du Président dans la conduite la guerre ».

Ces notes de services font en outre apparaître l'importance donnée à la théorie des « pouvoirs inhérents » du Président en temps de guerre. Selon cette théorie, le Congrès exerce certes un contrôle sur la guerre menée par le Président du fait de son pouvoir de faire voter le budget mais seul le Président, et non le Congrès ni les juges, détient le pouvoir d'interpréter les traités internationaux, et notamment la Convention de Genève, puisque « l'interprétation des traités est un élément clé de la conduite des affaires étrangères ».

in The Terror Presidency, op. cit. On a pu, naturellement, s'interroger sur la rigueur d'une doctrine qui admet dans *In War by Other Means* que le fonctionnement de la prison d'Abou Ghraib, le « mémo sur la torture » d'août 2002 et le programme de surveillance de la NSA ne sauraient choquer puisque, sans que John Yoo fasse grand cas de l'utilisation intensive du *state secret privilege*, il resterait au peuple américain la possibilité de ne pas réélire le président s'ils désapprouvent ses décisions. De même, on pourra s'étonner que les conclusions de *The power of war* reposent tantôt explicitement sur une stricte interprétation originaliste, tantôt sur les exigences propres à la menace contemporaine posée par le terrorisme international.

142 Sur l'analyse de la note de service précitée et classée de Bybee datée du 1er août 2002, *Rapport de l'Office of Professional Responsibility*, juil. 2009, p. 234. V. les critiques adressées par J. Goldsmith *in The Terror Presidency, op. cit.*, p. 96-97 et p. 162 (« get out of the jail free card », « golden shield » [pour la CIA], « blank check », an « advance pardon »...) pour que les militaires s'engagent dans les techniques d'interrogation par-delà celles approuvées par l'OLC.

143 Selon J. Yoo, «The President enjoys complete discretion in the exercise of his Commander-in-Chief authority...»; «[the President has] complete authority over the conduct of war»; «[the] President [is placed] in the dominant constitutional position due to his authority as Commander in Chief...»; «the conduct of war is a matter that is fundamentally executive in nature, the power over which the Framers vested in a unitary executive».

Au-delà de ces éléments, qui n'ont pas manqué d'être critiqués en doctrine,¹⁴⁴ l'essentiel de cette version forte de la doctrine de la *War on Terror* réside dans la théorie de l'*Unitary Executive*, discutée dès la Convention de Philadelphie de 1787 et jusque dans les *Federalist Papers*.¹⁴⁵ Fondée sur une interprétation particulière de la *Vesting Clause* de l'article II et de la *Take care clause*,¹⁴⁶ cette théorie accorde au Président le contrôle de l'intégralité de la branche exécutive. Dans sa forme la plus extrême, ni le Congrès ni les cours fédérales n'influencent l'action du Président, en particulier en ce qui concerne les questions de sécurité nationale.¹⁴⁷

Ainsi rassemblés, ces ouvrages et notes de services forment une doctrine constitutionnelle cohérente, que l'on peut nommer « la doctrine des ennemis combattants illégaux ». Les notes de service de John Yoo soulignent bien le fond de cette doctrine, à l'aune duquel elle doit être jugée : la théorie des « pouvoirs inhérents » du Président en temps de guerre.

2 - La difficile imputation de responsabilité

John Yoo a été appelé à témoigner devant la Commission judiciaire de la Chambre des Représentants en 2008. Il a aussi été poursuivi le 4 janvier 2008 par Jose Padilla (détenu durant quatre années sur une base militaire sur le sol américain dont deux années en isolement complet) et la mère de ce dernier au motif que Jose Padilla aurait été torturé durant sa détention et ce, allègue-t-il, du fait des notes de services justifiant et préconisant l'utilisation de ce type d'interrogation rédigées entre 2001 et 2003 par John Yoo, alors membre du *Office of Legal Counsel* auprès du ministre de la Justice John Ashcroft. Le 12 juin 2009, la plainte a été déclarée recevable par un juge de district du 9^e Circuit au nom de ce que « comme tous les fonctionnaires, les juristes au service du gouvernement sont responsables des conséquences prévisibles de leur conduite ».¹⁴⁸

Une enquête administrative interne au Département de la justice a été diligentée pour déterminer le rôle que les hauts fonctionnaires de l'administration Bush ont joué dans la rédaction des justifications juridiques apportées aux méthodes d'interrogation employées, et en particulier si certains ont violé ont violé « les règles éthiques de la profession juridique ».¹⁴⁹ En ce qui concerne

144 Sur l'emploi de la théorie des prérogatives, issue du second traité de Locke (1690) ou sur la conception de la présidence, Comp. avec Br. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy* (Cambridge : Harvard UP, 2005).

145 V. la lettre 51 (James Madison).

146 Selon la première, « The executive Power [of the United States] shall be vested in a President of the United States of America ». Selon la seconde, « The President shall take care that the laws be faithfully executed... »

147 Toutes les branches du pouvoir exécutif peuvent contrôler l'action des officiers inférieurs et des agences gouvernementales au point que tout pouvoir discrétionnaire exercé par ceux-ci et non contrôlé par le président est anticonstitutionnel. Sur le plan judiciaire, il s'ensuit aussi qu'aucune part de l'exécutif ne peut introduire une action judiciaire contre une autre (puisque elles sont unies).

148 *Padilla v. Yoo* (U.S. District Court, Northern District of California, Case Number 08-cv-00035-JSW).

149 Office of Professional Responsibility, Report, July 29, 2009 Investing into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of "Enhanced Interrogation Techniques" on Suspected Terrorists.

John Yoo, les griefs étaient nombreux. Exemple parmi tant d'autres, la référence à des décisions étrangères, ainsi *Ireland v. U.K.* de la Cour EDH¹⁵⁰ utilisée par John Yoo comme un baromètre utile « sur la détermination par le droit international des actions considérées comme équivalentes à la torture » sans que soient évoquées simultanément les décisions *Selmouni c. France*, *Aydin c. Turquie* ou *Aksoy c. Turquie*.¹⁵¹ Le rapport a conclu le 29 juillet 2009 que John Yoo avait intentionnellement violé sa « *duty to exercise legal judgment and render thorough, objective, and candid legal advice* » par rapport à cinq documents.¹⁵² De même, John Yoo aurait commis une « faute professionnelle intentionnelle en manquant à son devoir d'exercer un jugement juridique indépendant et de rendre des conseils juridiques approfondis, objectifs et francs. » Le rapport a également constaté que Jay Bybee avait commis une faute professionnelle (*professional misconduct*) du fait de son « *reckless disregard* » de son devoir de donner un avis juridique indépendant.

Dans un second temps, le 20 février 2010, une enquête interne statuant sur cette première enquête a conclu à l'absence de faute professionnelle.¹⁵³ Selon le rédacteur de cette seconde note, les avocats en question, dont John Yoo, ont exercé un mauvais jugement en 2002 lorsqu'ils ont rédigé les dites notes de service sans que cela ne puisse équivaloir à une faute professionnelle. Concernant la décision précitée, le rédacteur note par exemple que John Yoo aurait dû rapporter le manque d'opposition du Royaume-Uni devant la European Commission on Human Rights, les arguments de la majorité et de la minorité en ce qui concerne le droit interne, le nombre d'opinions dissidentes, la jurisprudence ultérieure comme *Selmouni c. France...*, mais que cela ne saurait en faire une « décision qui est interdite de façon absolue [*unambiguously prohibited*]. Bien au contraire, ces suggestions de l'Office of Professional Responsibility semblent relever davantage d'une substitution par l'Office of Professional Responsibility de son propre jugement à celui de Yoo

150 *Ireland v. U.K.*, 25 CEDH (ser. A) (1978), V. Bybee memo, p. 27.

151 *Selmouni v. France* (25803/94) [1999] ECHR 66 (28 juil. 1999); *Aydin v. Turkey* (23178/94) [1997], ECHR 75 (25 sept. 1997), *Aksoy v. Turkey* (21987/93) [1996] ECHR 68 (18 déc. 1996). Sur l'autre décision précitée, V. *Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 38, I.L.M. 1471 (1999), Rapport précité, p. 190-193. En ce qui concerne les pouvoirs de *Commander in Chief* et la *Take Care Clause*, V. Rapport précité, p. 204. Sur l'absence de discussion de *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 US 579 (1952), V. K. Clark, "Ethical Issues raised by the OLC Memorandum", 1. *J. Nat'l Sec. L. & Pol'y* 455 (2005), p. 461

152 Il s'agit des notes de services, classée et non classée, de J. Bybee, le « Yoo Memo », la lettre de J. Yoo datée du 13 juillet 2009 à l'Acting CIA General Counsel John Rizzo, et la lettre de J. Yoo au White House Counsel Gonzales du 1er août 2002, V. Rapport de l'Office of Professional Responsibility, juillet 2009, p. 251-4. V. aussi les critiques de J. Goldsmith, *Id.* p. 148-149 selon lequel la conclusion de J. Yoo est « extrême et n'a pas de fondement dans des opinions précédentes de l'OLC, ou dans des opinions judiciaires ou dans toute autre sources de droit ».

153 Memorandum for the Attorney General the Deputy Attorney General, from David Margolis, Associate Deputy Attorney General, 5 janv. 2010 *Memorandum of Decision Regarding the Objections to the Finding of Professional Misconduct in the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of Enhanced Interrogation Techniques on Suspected Terrorists* (DoJ), accessible à <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/DAGMargolisMemo100105.pdf>.

et Bybee sur ces points ». ¹⁵⁴ La critique majeure de David Margolis, Associate Deputy Attorney General, est que le cadre de l'interprétation de première instance est incertain, voire erroné. ¹⁵⁵ Ainsi en va-t-il des standards de définition de la torture utilisés entre les différentes versions, ou bien la présentation de ses arguments comme étant ceux de la majorité. Sans être dénuée de critiques – elle est caractérisée comme *not perfect* –, la rédaction de Yoo ne saurait de ce fait atteindre le niveau d'une « *professional misconduct* ».

Les implications des conclusions de faute professionnelle exprimées dans le premier rapport étaient importantes : John Yoo, actuellement professeur à l'Université de Californie (Berkeley School of Law) aurait pu être radié du barreau, Jay Bybee, actuellement juge à la Cour d'appel du neuvième circuit, aurait pu être confronté à une procédure de destitution. Au lieu de cela, le second rapport du ministère de la Justice américain a seulement décidé que John Yoo et Jay Bybee étaient coupables de « mauvais jugement ». Selon David Margolis, sa « décision ne devrait pas être considérée comme une acceptation des travaux juridiques qui sous-tendent ces notes. Mais le cadre analytique propre de l'Office of Professional Responsibility définit la “faute professionnelle” comme résultant de l'application d'une obligation connue ou non ambiguë [... Il n'est pas] convaincu que l'organe de première instance a identifié une telle norme ». Bien que les notes contiennent des « lacunes importantes », tous les défauts ne constituent donc pas une « faute professionnelle ».

Cette enquête n'est pas achevée pour autant. Le 13 juin 2009, le juge de district Jeffrey White (District Nord, 9^e Circuit) a décidé que pouvait prospérer le contentieux contre John Yoo résulté des avis juridiques de ce dernier approuvant des techniques d'interrogation dont le requérant, actuellement en détention pour une peine de 17 ans, estime qu'ils ont conduits à sa torture dans la prison militaire de Charleston (Virginie). Le 14 juillet 2009, John Yoo a déclaré faire appel de cette décision. La procédure sur le fond reviendra certainement sur des points essentiels de la défense de John Yoo et Jay Bybee, à savoir qu'ils ont rédigé cette note pour des « *sophisticated executive branch attorneys* », et à ce titre qu'ils n'avaient pas à « expliciter les concepts fondamentaux », ¹⁵⁶ et en tous les cas que le fait que la méthode préconisée ne soit pas légale et que ses avis comportent des erreurs de droit ¹⁵⁷ ne sauraient le rendre responsable. ¹⁵⁸

En tous les cas, elle permettra pour la première fois d'analyser judiciairement la question de la responsabilité d'un juriste dans le choix d'utiliser un paradigme répressif extra-pénal dans la *War on Terror*.



La sortie durable de la *War on Terror* est moins affaire de droit abstrait que, pour reprendre le lexique hégélien, de *Sittlichkeit* bien comprise. La marche de

¹⁵⁴ *Id.*, p. 40.

¹⁵⁵ V. not. les pages 11, 13, 28, 32 et 44.

¹⁵⁶ Rapport de juillet 2009, p. 205.

¹⁵⁷ V. Rapport de juillet 2009, *Id.*, p. 60, et 207-209.

¹⁵⁸ Rapport de février 2010, *Id.* p. 46.

sa compréhension et de sa répudiation effective doit suivre les quatre étapes suivantes. D'abord, la reconnaissance d'un « effet cliquet ». Ensuite, le jugement des violations constitutionnelles commises en raison de la *War on Terror*. Et pour cela, dans le cadre des limites déjà posées par la Cour suprême en matière de responsabilité l'examen au fond de l'éventuelle responsabilité des juristes qui ont justifié la mise en œuvre des plus importantes suspensions (inconstitutionnelles) du droit pénal. Et donc, enfin, le retour à l'analyse toujours esquivée de l'alternative entre Schmitt et Dicey.

Il ne faut en effet pas nécessairement attendre d'un responsable politique (un dictateur dirait Rossiter)¹⁵⁹ qu'il respecte le cadre formel de la Constitution lors d'une crise comme celle du 11 septembre 2001. Mais l'on ne voit pas que cette possible libération temporaire des contraintes constitutionnelles formelles soit *a priori* synonyme de liberté illimitée. Ici Schmitt s'oppose à Dicey. La situation actuelle invite la doctrine pénale à choisir ou non pour une conception substantielle de la constitutionnalité en temps de crise, et à conditionner ou non la responsabilité à un principe d'immunité judiciaire et *ex post*. Voilà qui se réalise peut-être aujourd'hui, comme l'aurait souhaité Dicey. Tel est un des acmés théoriques, et que l'on aurait d'abord pu croire contingent, de la sortie de la *War on Terror*. Pièce essentielle s'il en est, en tous les cas, de toute doctrine pénale accomplie.

159 Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies* (Greenwood Press, nouvelle éd. 1979)