



La doctrine du « combattant ennemi illégal »

Julien Cantegreil

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ** 2010/1 N° 1 , PAGES 81 À 106
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

DOI 10.3917/rsc.1001.0081

Date de mise en ligne : 01/04/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2010-1-page-81?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

La doctrine du « combattant ennemi illégal »

par Julien CANTEGREIL
École normale supérieure

À Harold Hongju Koh
avec gratitude ¹

Si les caractères de la *War on terror* menée par l'administration Bush se laissent résumer d'un seul concept, nul doute qu'il s'agirait de celui de « combattant ennemi illégal ». En qualifiant ainsi une personne, comme le sceau de sa prétendue suprême « dangerosité », l'exécutif d'alors s'autorisait à la détenir, à l'interroger et à la juger de façon dérogatoire aux droits pénal et international.

Ce concept n'est pas neuf, même en droit américain ². Le problème auquel il renvoie n'est même pas inédit puisqu'il est à l'origine de la codification du droit des conflits armés (les « francs tireurs ») ³ et que la Clause de Martens en procède en partie ⁴. Il signe pourtant mieux qu'aucun autre ce que la *War on terror* a d'excessif car il constitue la porte d'entrée technique et doctrinale à ses dérogations les plus fortes.

Mais alors qu'une année a passé depuis la prise de fonction du président Obama et qu'une profusion de rapports et de déclassifications ont précisé les violations issues du régime de « l'ennemi combattant illégal » (ECI), comment ne pas constater l'incapacité de répudier

- (1) École normale supérieure, Département de droit. Mes remerciements vont également au professeur Mireille Delmas-Marty. Le présent texte est la première partie d'un dyptique, dont la seconde partie est publiée sous le titre Dacey Revisited. Réflexions sur l'effet cliquet de la *War on Terror* et la responsabilité de juriconsultes à l'occasion de la décision sur la compétence dans l'affaire *Padilla v. Yoo*, Archives Phil. dr., 2010, n° 53.
- (2) V. le Manuel militaire de l'Union, dit *Code Lieber* sur l'application d'une justice sommaire aux individus ayant commis des actes de violence clandestins ou de résistance à l'occupation. Les États confédérés refusèrent de donner aux soldats noirs de l'Union le statut de combattants « légaux ».
- (3) Alors que le principe de réciprocité conférerait aux membres des forces armées régulières au service de leurs autorités une immunité face à des poursuites pour les actes commis au cours des hostilités, l'immunité de civils ayant pris les armes contre des forces armées ennemies resta une question plus controversée. Les instruments de droit international humanitaire adoptés à La Haye ou à Genève, notamment les articles 4 et 5 de la III^e Conventions de Genève [CG III], n'ont pas mentionné l'expression de « combattant illégal » — même si la Convention de La Haye de 1899 a repris la distinction entre autodéfense et résistance prolongée mais le cas de figure des « francs tireurs » rappelle que les difficultés inhérentes à une doctrine du « combattant ennemi illégal » ont émergé dès cette époque.
- (4) V. le flou entourant l'introduction de la Clause de Martens dans le préambule de la Convention de La Haye (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1899 et, en des mots légèrement différents, dans la Convention de La Haye (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907. Plusieurs décisions des tribunaux, nationaux et internationaux, l'ont intégré à leurs jugements sans qu'aucun n'établisse que les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique constituent une règle en tant que telle. V. not. la décision du Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, 10 févr. 1948 dans l'affaire *États-Unis d'Amérique c/ Krupp*, la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 8 mars 1996, affaire *Milan Martić* (IT-95-11, décis. IT-95-11-R61), l'avis consultatif de la CIJ sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé du 8 juill. 1996, Rec., 1996, p. 26, le jugement du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 26 oct. 2004, à propos de la compatibilité avec le droit international des expropriations dans l'ex-zone occupée par l'URSS entre 1945 et 1949 (BVerfG, 2 BvR 955/00).

dans les faits certaines des pratiques de l'Administration précédente qui avaient été dénoncées avec le plus de force ⁵? Le mot d'Obama de mai 2001 aux National Archives était donc prémonitoire : ce concept porte en lui « the toughest single issue that we will face » ⁶.

Il faut y voir le trait le plus distinctif du concept d'ECI : moins les dérogations qu'il a introduites durant l'Administration Bush Jr, que leur persistance après 2009. Étranger hier à l'esprit du droit pénal, il en interdit aujourd'hui le retour. Les pages qui suivent voudraient cerner la nature de cet effet cliquet.

◆ DE LA MISE EN PLACE D'UNE PRATIQUE À SA JUSTIFICATION DOCTRINALE, 2001-2008

Philip B. Heyman remarquait avec justesse que « si le monde semblait différent au public [le 11 septembre 2001], ce n'était pas parce que nous avons beaucoup plus d'informations spécifiques sur la nature de la menace » ⁷. Cela n'empêcha pas l'Administration Bush Jr d'adopter une stratégie de lutte contre le terrorisme international islamique inédite, dont elle justifiera la légalité par une doctrine constitutionnelle.

► La réintroduction du concept d'« ennemi combattant illégal »

La *War on terror* procède de l'utilisation en parallèle par les autorités de deux sortes de règles : des dérogations au droit pénal commun, des suspensions du droit pénal.

Dérogation au droit pénal

L'armature légale dérogatoire de la *War on terror* repose sur des lois. Dans le domaine pénal, elle repose sur le *Patriot Act* ⁸. Plus encore qu'en 1986 et 1996, cette loi d'octobre 2001 traite le problème terroriste de façon globale. Ses mesures couvrent de la sécurité des frontières à la régulation des transactions financières (titre III), et du statut et de la détention des immigrants jusqu'à la coopération entre les agents du renseignement et ceux de la police (titre VI) ⁹. Quatre de ses réformes sont déterminantes : l'élargissement des définitions du terrorisme et du soutien au terrorisme ¹⁰ et le durcissement des peines afférentes (titre VIII) ; l'accroissement des pouvoirs du ministre fédéral de la Justice et des services de l'INS en matière d'accès au territoire ; la facilitation de la surveillance et de la fouille humaine et électronique de personnes suspectées de terrorisme en vertu du FISA et de l'ECPA (titre II) ; et la suppression du « mur » hérité du Watergate entre les enquêtes pénales et le renseignement (titre IX). Plus encore que les lois ultérieures de 2002, 2004 et 2005, le *Patriot Act* constitue l'armature législative face au terrorisme, notamment en matière pénale.

(5) Dès le 13 mars, la nouvelle Administration avait dit ne plus recourir à ce terme. Detainee Litigation Respondent's Memorandum Regarding the Government's Detention Authority Relative To Detainees Held at Guantanamo Bay (Dist. Court, DC Circuit, 13 mars 2009), Misc. n° 08-442 (TFH) In Re : 05-0763 (JDB) 05-1646 (JDB) 05-2378 (JDB).

(6) Obama National Archives Speech, 21 mai 2009.

(7) Ph. Heyman, *Terrorism, Freedom and Security*, Cambridge, MIT Press, 2003, p. 11-13.

(8) The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, Pub. L. n° 107-56, 115 Stat. 272 (26 Oct. 2001).

(9) V. les remarques de N. Abrams, *Anti-Terrorism and Criminal Enforcement*, 2^e éd., 2005.

(10) La Cour suprême a accepté à l'automne 2009 le *writ of certiorari* dans les affaires *Holder, Attorney General v. Humanitarian Law Project* (08-1498) et *Humanitarian Law Project v. Holder* (09-89).

Des réformes réglementaires l'ont renforcé, notamment en matière de détentions¹¹ et d'enquêtes¹². Le seuil de suspicion à partir duquel le FBI peut recourir à des informateurs et autres activités clandestines a ainsi été abaissé à la seule existence d'une « information, ou bien allégation qui indique la possibilité d'activité criminelle » : la « cause probable » requise par le FISA pour les non américains a été limitée à ce que le mandat porte bien sur une « l'agent d'une puissance étrangère »¹³ — d'autres règlements ont ultérieurement assoupli ces standards pour les citoyens américains¹⁴. Des règlements ont aussi autorisé le FBI à « visiter tout endroit, à [assister] à tout événement ouvert au public [...] à [mener] des recherches en ligne et à [accéder] à des sites et des forums en ligne dans des conditions identiques à celles du public »¹⁵. Ces informations ont pu lui servir à instituer une « base de données » qui « permet[te] la prompte récupération d'informations concernant le statut (ouvert ou fermé) et les sujets de toutes ces enquêtes »¹⁶. Les potentialités ouvertes par ces nouvelles règles ont été utilisées par l'Administration Bush de façon intensive et préventive.

Les services judiciaires et de l'immigration ont engagé sur cette base une action résolue, aidée en cela par la meilleure qualité du renseignement consécutive aux réformes institutionnelles menées dans le sillage de l'institution du *Homeland Security Department*. Les procureurs ont davantage recouru aux incriminations de « conspiration » et de « soutien matériel » au terrorisme¹⁷ pour arrêter et détenir des individus suspects dont ils pensaient que les connaissances pourraient s'avérer pertinentes pour les enquêtes de *Grand jury*¹⁸. Des rapports montrent aujourd'hui qu'ils l'ont fait de manière plus fine puisque les procès ont été moins nombreux, mais les condamnations davantage¹⁹. Les dispositions relatives à l'immigration ont aussi été utilisées largement pour faire arrêter, interroger et expulser de nombreux immigrants illégaux suspectés de liens avec Al-Qaida²⁰.

(11) Custody Procedures, 66 Fed. Reg. 48,334, 20 sept. 2001, codified at 8 C.F.R. pt. 287.

(12) 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. Le ministre Ashcroft procéda ainsi en 2002.

(13) USA Patriot Act of 2001, Pub. L. n° 107-56, 218, 115 Stat. 272, 291. V. aussi le Memorandum from John Ashcroft, US Attorney General, to Director, FBI, et al., p. 1 (6 mars 2002), pt. IIA (accessible sur <http://fas.org/irp/agency/doj/fisa/ag030602.html>). De surcroît les enquêtes pénales menées dans le cadre du terrorisme ont pu être introduites par des mandats FISA (donc sur le fondement d'une « suspicion préalable ») et non plus sur le fondement des mandats définis au Titre III de l'Omnibus Crime Control and Safe Streets Act (1968), Pub. L. n° 90-351, 82 Stat. 197 (codified as amended at 18 USC 2510-20 [2000]). Le standard d'utilisation d'un mandat est « la cause probable qu'un crime a été, est ou est sur le point d'être commis avant que ce qu'un tel garant soit donné », V. 802, 82 Stat., p. 218, codified as amended at 18 USC 2518(3) (2000). 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 Guidelines, p. 7.

(14) In re Sealed Case, 310 F.3d 717, 734 (Foreign Int. Surv. Ct. Rev. 2002). L'enquête pénale pourrait 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. Id. p. 731. Le Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) a d'abord décidé que ce nouveau partage d'informations entre les personnes autorisées à diriger les missions de renseignement et celles habilités à mener les enquêtes pénales constitue une violation du FISA, Dans le cadre d'une procédure en banc, In re All Matters Submitted to the Foreign Intelligence Surveillance Court, 218 F. Supp. 2d 611, 625 (Foreign Intel. Surv. Ct. 2002), la cour n'est pas allée jusqu'à dire néanmoins que ces pratiques violent le Quatrième Amendement.

(15) Ashcroft Guidelines, p. 22.

(16) 50 USC 1801(h), 1821(4) (2000).

(17) V. R. Chesney, *The Sleeper Scenario : Terrorism-Support Laws and the Demands of Prevention*, 42 Harv. J. on Legis. 1 (2005) et R. Chesney, *Beyond Conspiracy? Anticipatory Prosecution and the Challenge of Unaffiliated Terrorism*, 80 S. Cal. L. Rev. (2007).

(18) 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).

(19) V. *The terrorist Trial Report Card, 2001-2009*, NYU School of Law, janv. 2010.

(20) Pour des exemples, V. L. Volpp, *The Citizen and the Terrorist*, 49 UCLA L. Rev. 1575 (2002), p. 1576-80.

Une part non négligeable des pratiques de l'Administration Bush Jr est restée confidentielle comme d'usage en ce domaine. Certaines de ces initiatives ont été légales, comme le recours aux *National security letters* autorisé par le *Patriot Act*, d'autres non. Ainsi du choix de l'Administration de permettre aux agents de la *National Security Agency* 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-Qaida, ou affilié à une organisation terroriste »²¹. L'Administration Bush annoncera mettre fin à cette pratique, initiée en 2001 et restée confidentielle jusqu'en décembre 2005, après que le *Foreign Intelligence Surveillance Court* lui aura donné le droit d'intercepter ces appels²² mais que la décision *Hamdan* conduira à douter fortement de sa constitutionnalité²³. Surtout, l'Administration semble avoir fait un usage massif de la *restitution extraordinaire*²⁴ dont le principe consiste à envoyer de présumés terroristes dans des pays étrangers non pour les transférer au système judiciaire mais pour qu'ils y soient interrogés de façon plus intensive que ne le permettent les lois et la Constitution américaines²⁵.

Voilà pour le cadre dérogatoire au droit commun, notamment pénal, de la *War on terror*. Mais l'acmé dérogatoire de cette guerre si particulière réside ailleurs : dans le régime suspensif qu'initie la qualification d'ECI.

Suspension du droit pénal

La distinction entre combattants légaux et illégaux (*lawful et unlawful combatants*) provient d'une décision *Ex parte Quirin* de 1942 par laquelle la Cour suprême autorisa qu'un espion nazi, citoyen américain détenu par les forces armées américaines, fût privé de certains droits fondamentaux. Malgré l'opposition initiale du *State Department* mais confiant dans la légalité de sa stratégie, l'Administration Bush a vite commencé, selon une séquence désormais connue²⁶, à détenir, interroger et juger les individus capturés en Afghanistan désignés d'*unlawful illegal combatant* d'une façon dite « humaine » mais en réalité non conforme au moins aux standards des conventions de Genève²⁷. Le régime juridique auquel ouvre la qualification d'ECI se laisse caractériser par les quadruples invariants suivants.

- (21) 50 USC § 1801-1863 (2006). V. le discours du président Bush du 19 avr. 2004 et plus généralement, J. Sims, *What NSA is doing... and why it's illegal*, 33 *Hastings Const. L.Q.* 105 (2006).
- (22) V. lettre du 17 janv. 2007 d'Al. Gonzales (Atty. Gen.) aux sénateurs Leahy et Specter, accessible à <http://fas.org/irp/agency/doj/fisa/ag011707.pdf>.
- (23) V. *ACLU v. National Sec. Agency/Cent. Sec. Serv.*, 438 F. Supp. 2d (E.D. Mich. 2006), p. 754.
- (24) Sur ce point, V. J. Parry, *The Lost History of International Extradition Litigation*, 43 *Va. J. Int'l L.* 93 (2002), p. 121-24.
- (25) E.g. M. Satterwaite, *Rendered Meaningless : Extraordinary Rendition and the Rule of Law*, 75 *Geo. Wash. L. Rev.* (2007) et D. Weissbrodt, A. Bergquist, *Extraordinary Rendition and the Torture Convention*, 46 *Va. J. Int'l L.* (2006). En dernier lieu, V. United Nations, Human Rights Council, Thirteenth session, Agenda item 3, A/HRC/13/42 (26 janv. 2010), p. 98-162 et déjà Conseil de l'Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Dick Marty, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states Draft report — Part II (Explanatory memorandum) AS/Jur (2006) 16 Part II (7 juin 2006)*, ajdoc16 2006 Part II.
- (26) Le président s'est fondé sur la *War Powers Resolution* (1973), l'*Authorization for Use of Military Force Against Terrorists* (2001), le *Presidential Military Order Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* (2001), l'*Order Establishing Combatant Status Review Tribunal* (2002) et l'Article II de la Constitution.
- (27) Cette zone ne constitue pas un territoire souverain des États-Unis bien qu'elle soit placée sous contrôle de facto de l'Administration des États-Unis, or la Cour suprême avait décidé dans *Johnson v. Eisentrager* (1950) que les tribunaux américains n'avaient pas compétence sur les ennemis non américains détenus en dehors des États-Unis.

Qualification

A *contrario* de la lecture littérale de la troisième convention de Genève — qui conduit à distinguer la protection offerte aux membres d'Al-Qaïda²⁸ et aux Talibans²⁹ —, l'Administration Bush a d'emblée subsumé ces deux catégories de combattants dans le concept unitaire d'ECI. Elle a souhaité entendre largement ce terme, comme le révèle l'argumentation du *Department of Justice* (avril 2008) dans l'affaire *Parhat v. Gates* : elle a fait de ce concept le fondement de la légalité de la détention à Guantanamo durant six ans d'un citoyen chinois musulman Ouïghours pour ses seuls liens avec l'*East Turkestan Islamic Movement*, sans qu'il se soit battu contre les États-Unis et alors que l'Administration n'avance aucune preuve qu'il ait voulu le faire si ce n'est l'existence d'un lien, lointain..., entre Al-Qaïda et ce mouvement³⁰. La qualification avancée par l'Administration Bush dans le cadre d'un de ses ultimes *court filings* de janvier 2009 confirme la tournure extensive qu'elle a donnée jusqu'au bout à ce concept d'ECI. Les cours fédérales ne s'y seront pas beaucoup opposées³¹ : le 27 octobre 2008 encore, le juge de district Richard Leon a ainsi simplement renvoyé sur cette question au choix fait par les branches politiques du gouvernement, et en l'espèce au choix extensif de l'*Order Establishing Combatant Status Review Tribunal* du 7 juillet 2004³².

Contrôle de la qualification

Au moment où l'exécutif employait cette qualification de façon large, les individus ainsi qualifiés se voyaient dénier les moyens de la contester. Là encore, la position de l'Administration aura beaucoup évolué. Elle y fut contrainte par la faiblesse des fondements constitutionnels qu'elle avait avancés (*Ex parte Quirin* et *Johnson v. Eisentrager*)³³ et par une forte initiative contentieuse. Au seul niveau de la Cour suprême, après que cette cour a reconnu en 2004 la compétence des cours fédérales américaines à statuer sur la légalité de la détention des ECI non américains détenus à Guantanamo³⁴, le Congrès a disposé en 2005 que les preuves nécessaires à une qualification comme ECI devaient être contrôlées par le *US Circuit Court of Appeals for the DC Circuit*³⁵. La Cour suprême ayant décidé en juin 2006 de l'illégalité des tribunaux militaires en vigueur³⁶, le Congrès a autorisé en octobre 2006 le jugement des ECI détenus à Guantanamo par des « Commissions militaires »³⁷. La Cour suprême ayant décidé en 2008 que 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 Guantanamo³⁸, il s'est posé la question de savoir si la cour du *DC Circuit* avait autorité pour statuer sur les requêtes d'*habeas* en vertu du DTA...

(28) V. l'art. 4 (2) de la troisième Convention de Genève CG.

(29) Sur les Talibans, V. les remarques de Human Rights Watch, Letter to the Secretary of State Condoleezza Rice, 28 janv. 2002.

(30) V. les *oral arguments* devant la US Court of Appeals for the DC Circuit, *Parhat v. Gates*, n° 06-1397 (DC Cir.).

(31) L'opposition démocrate non plus, V. le projet de la loi Detention of Enemy Combatants Act of 2005.

(32) V. *Boumediene v. Bush* et al. — Civil Action n° 04-1166 (RJL) : Mem. Order, US Department of Justice.

(33) La décision *Ex parte Quirin* (1942) tient uniquement pour acquis que les combattants illégaux peuvent être jugés par des tribunaux militaires mis en œuvre par le président en tant que commandant en chef, non que les personnes visées sont effectivement des combattants illégaux. La décision *Johnson v. Eisentrager* (1950) par laquelle la Cour suprême a décidé que les ennemis non Américains qui ne sont pas encore entrés aux États-Unis ne sauraient avoir accès au système judiciaire civil américain n'est pertinente qu'à la condition que Guantanamo ne puisse être assimilé à un territoire américain. En outre, si elle a considéré dans sa décision *Eisentrager* que la Constitution permet au gouvernement de refuser à l'ennemi situé hors des États-Unis l'accès aux tribunaux fédéraux américains, elle a laissé ouverte la possibilité à des lois fédérales de donner aux ECI un accès spécifique aux tribunaux et alors l'ordre militaire présidentiel n'est pas valable (surtout qu'il vise à éliminer le contrôle judiciaire même pour les étrangers qui sont aux États-Unis). Si les prisonniers sont des combattants illégaux, ils tombent sous l'empire de Quirin. Si ce n'est pas le cas, pas question de savoir s'ils relèvent de la jurisprudence *Eisentrager* : s'ils n'en relèvent pas, ils ont droit à l'*habeas corpus*, l'examen mais un tribunal de divertissement de leurs requêtes en *habeas corpus* serait obligé de respecter leurs convictions sous Quirin.

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

(35) *Detainee Treatment Act* de 2005.

(36) *Hamdan vs. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

(37) *Military Commission Act* de 2006.

(38) *Boumediene v. Bush*, US (2008).

Au total, 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 alors que le *Department of Justice* avait appelé à les limiter pour des raisons de sécurité nationale ³⁹. La décision de la cour d'appel du quatrième circuit dans l'affaire *Al Marri v. Pucchiarelli* reste emblématique de la complexité et du clivage de la position des cours fédérales en matière de qualification ⁴⁰. Que cette cour d'appel, la plus conservatrice du pays, ait adopté une décision longue de 216 pages, comportant sept opinions largement divergentes dont aucune ne commande la majorité sur cette question cardinale illustre l'ampleur de l'évolution entre 2004 et 2008 ⁴¹. Cette évolution a souvent permis des libérations ⁴². 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 les contraintes auxquelles a été progressivement soumis l'exécutif.

Détention et interrogation

Là encore, un contentieux fourni a progressivement réintroduit des protections dans le régime de détention et d'interrogation des personnes préalablement désignées comme ECI. La Cour suprême a par exemple conduit par sa décision *Hamdan* de 2006 à ce que le Congrès engage la responsabilité des interrogateurs en vertu (selon l'interprétation donnée par l'Exécutif) des exigences de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et à ce que, par suite, le président prohibe que les interrogateurs de la CIA recourent à la torture et emploient des traitements cruels et inhumains.

Ces protections additionnelles n'ont sans doute pas empêché la commission de nombreuses illégalités, commentées du temps même de l'Administration Bush, comme lorsque le *US Senate Armed Services Committee* soutint, en décembre 2008 certes, que des hauts fonctionnaires, notamment Donald Rumsfeld, devaient être tenus responsables des abus constatés dans des centres de détention militaires ⁴³. L'importante activité contentieuse aura néanmoins utilement servi le destin procédural des détenus de Guantanamo qualifiés d'ECI : ainsi du refus des preuves avancées contre Mohammed Jawad au nom de ce qu'elles auraient été obtenues par torture entre 2002 et 2004 durant sa détention en Afghanistan avant son transfert à Guantanamo, ou de la reconnaissance le 13 janvier 2009 par la chef des commissions militaires à Guantanamo, Susan Crawford, de l'utilisation de techniques de tortures dans l'interrogatoire de Mohammed al-Qahtani. ⁴⁴

(39) La cour d'appel du DC Circuit a décidé dans l'affaire *Gates v. Bismullah* (06-1397) de renverser la décision de district qui validait la mise en place des principes fondamentaux pour un contrôle par le DTA des décisions de détention militaire.

(40) *Al Marri v. Pucchiarelli*, (534 F.3d 213).

(41) La Cour suprême fédérale s'était saisie de cette affaire, mais l'Administration Obama a choisi en février 2009 de la faire juger par une cour fédérale pour les crimes de *providing material support to al Qaeda* et de *conspiring with others to provide material support to al Qaeda*. Al-Marri a été inculpé en mars 2009 de deux chefs.

(42) En novembre 2008, à l'occasion de la première décision sur les pétitions d'*habeas* depuis Boumediene qui reconnaissait aux requérants le droit de contester leur détention, cinq détenus algériens de Guantanamo ont ainsi pu être libéré au nom de ce que les preuves du gouvernement ont été considérées insuffisantes pour qualifier une personne d'*enemy combatants*.

(43) En janvier 2009, le président de l'*US House Judiciary Committee* demandait à l'Administration Obama d'engager une enquête criminelle pour déterminer si l'Administration Bush avait violé des lois fédérales en matière de torture. Le même mois, Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants a estimé, sans se prononcer sur la qualification interne de ces techniques d'interrogation comme torture, que le président Obama devait inculper le président Bush et le ministre de la Défense Rumsfeld pour avoir ordonné des méthodes d'interrogations à Guantanamo qui violent la Convention des Nations Unies contre la torture à laquelle les États-Unis sont partis.

(44) Des actions ont été engagées, notamment une plainte a été déposée devant le DC Circuit contre Donald Rumsfeld et plus de cent membres de l'armée suite au suicide de deux détenus de Guantanamo, Yesser al-Zahrani et Salah Ali Abdullah Ahmed al-Salam.

Jugement ⁴⁵

L'Administration Bush a commencé par dénier aux cours civiles fédérales la compétence de statuer sur les contestations d'*habeas corpus* des ECI, et par modifier les règles procédurales de jugement pertinentes ⁴⁶ au nom de ce que l'« adhésion aux principes du droit et des règles de preuve reconnues en général dans les cours fédérales pénales » n'était pas « praticable » — l'accusé ne pouvait ainsi demander une révision de son procès qu'auprès de l'Exécutif. ⁴⁷

Se fondant sur son autorité de Commandant en chef, l'*Authorization for Use of Military Force* ⁴⁸, les sections 821 et 836 de l'UCMJ ⁴⁹ et la jurisprudence *Ex parte Quirin* précitée, le président a institué des commissions militaires ⁵⁰ pour juger des non-citoyens américains pour « les crimes qui relèvent d'une commission militaire » ⁵¹. 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 lorsqu'il institua de telles commissions sur le fondement de la décision *Ex parte Quirin* de 1942. Le président Bush a ensuite déterminé que vingt détenus étaient éligibles pour être ainsi jugés. Des trois premières affaires introduites sur le fondement du *Military Commission Act of 2006*, la première a conduit à un *plea bargain* (David Matthew Hicks, 26 mars 2007, et une condamnation consécutive de 7 ans), et les deux autres n'ont pas été déclarées recevables au nom de ce que les deux détenus Omar Khadr et Salim Ahmed Hamdan avaient été désignés comme « ennemi combattants » et non *unlawful enemy combatants* (4 juin 2007) ⁵².

L'avenir donnera plus de détails sur la pratique réelle de ce « régime de l'ECI » qu'il n'est encore possible de le faire aujourd'hui. La durée nécessaire à cette mise à jour dépendra notamment de la volonté de l'Administration Obama ⁵³ et de la Cour suprême de limiter les recours contentieux ⁵⁴. Il est en revanche d'ores et déjà possible dégager les contours de la doctrine juridique qui a soutenu cette pratique si inédite de détention, interrogation et jugement des ennemis combattants illégaux.

(45) La justification de l'utilisation des commissions militaires a été faite dans le mémo de l'OLC du 6 nov. 2001. Cette prérogative en matière de commission militaire sera établie dans l'ordonnance militaire du 13 nov. 2001, Military Order — Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism. Executive Order dated november 13, 2001, 66 Fed. Reg. 57833, consultable sur <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>.

(46) Le Brief of Amicus Curiae Madeleine K. Albright and 21 former Senior US Diplomats in Support of Petitioner Salim Ahmed Hamdan (6 janv. 2006) rappelle que les règles ont été changées quatre fois entre 2001 et 2006, citant Pentagon Alters Rules in Trials of Guantanamo Detainees, Wash. Post, 1^{er} sept. 2005, p. A6; Changes Proposed for Guantanamo Trials, Wash. Post, 27 mars 2005, p. A12; J. Mintz, Pentagon, to Alter Military Tribunal Rules, Wah. Post, 6 févr. 2004, p. 11; J. Mintz, Pentagon To Review Rules for Tribunals, Wash. Post, 26 nov. 2003, p. A17; Ch. Lane, Terrorism Tribunal Rights Are Expanded, Wash. Post, 28 déc. 2001, p. A1, in Brief..., p. 15, n. 21.

(47) 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).

(48) Authorization for Use of Military Force, Pub. L. n° 107-40, 115 Stat. 224 (2001), codified at 50 USC § 1541 note (Supp. I, 2002).

(49) 10 USC § 821, 836 (2000).

(50) V. e.g., US Dep't of Defense, Military Commission Order n° 1 (21 mars 2002), 41 ILM 725 (2002) (accessible à : <http://www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf>) et US Dep't of Defense, Military Commission Instructions, n° 1-10 (avr. 2003-mars 2006) (accessibles à : http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/commissions_instructions.html).

(51) V. Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non citizens in the War against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57,831, 57,834, § 4 (16 nov. 2001). L'ordre militaire du président Bush a été modelé sur une proclamation et un ordre militaire que le président Franklin D. Roosevelt avait délivré en 1942 suite à l'affaire des saboteurs nazis, V. Military Order, 7 Fed. Reg. 5103 (7 juill. 1942).

(52) Bien que les détenus aient désormais le droit de contester leur détention en vertu de la décision Boumediene de juin 2008, cela ne saurait de toutes les façons pas garantir leur libération comme en témoigne la décision du 14 décembre 2009 dans l'affaire *Musa'ab Al-Madhwani*.

(53) V. not. l'utilisation *State secrets privilege* dans l'affaire *Jeppersen*, et les données publiées dans le *Report card 2008* publié par les soins du *OpenTheGovernment.org*.

(54) V. le refus de la Cour suprême du 14 déc. 2009 d'accepter le *writ of certiorari* dans l'affaire *Rasul v. Rumsfeld*.

► La doctrine extra pénale du combattant ennemi illégal

Les justifications données à cette pratique, et que l'on nommera la « doctrine de l'ennemi combattant illégal », posent autant de problèmes qu'elles en résolvent. Elles rencontrent deux objections majeures, qu'elles résolvent par des considérations constitutionnelles.

Les conditions de la doctrine

La prétendue inefficacité du droit pénal

Les tenants de la doctrine de l'ECI devaient préalablement démontrer l'inefficacité de la stratégie pénale de lutte contre le terrorisme. Les autorités américaines y avaient pourtant eu recours avec efficacité dès les années 1980. Leur stratégie avait eu un versant conventionnel, en particulier dans les domaines de la sécurité aérienne et de l'extradition de façon à éliminer l'exception de crime politique⁵⁵. Pour l'essentiel, elle reposait sur une forte action législative, initiée par l'*Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act* de 1986⁵⁶, et poursuivie à la marge par les *Antiterrorism Acts* de 1987⁵⁷, 1990⁵⁸ et 1992⁵⁹. À la suite de l'explosion du World Trade Center (1993) et d'un bâtiment fédéral à Oklahoma City (1995, 168 morts), le législateur apporta en 1996 une réponse globale par l'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*⁶⁰, qui couvrait depuis les procédures d'immigration (titre IV) jusqu'aux régulations sur les explosifs et l'obtention de dommages pour les victimes américaines d'actes perpétrés hors des États-Unis. Déjà, ces réformes étendaient l'incrimination de « material support »⁶¹ et amélioreraient la lutte contre le financement du terrorisme international⁶². Dans l'ensemble, les États fédérés avaient appuyé cette stratégie globale.

- (55) V. l'Executive Order 12211 imposant des sanctions économiques unilatérales à l'Iran et interdisant toutes sanctions commerciales et tous paiements entre citoyens américains et l'Iran, Exec. Order n° 12211 prohibiting Certain Transactions with Iran (17 avr. 1980, 45 FR 26685) ; ou encore l'« Anti-terrorisme de 1987 » adopté de façon à imposer des restrictions à l'OLP, V. 22 USCA § 5201-5203 (West Supp. 1987), not. 5202. L'action conventionnelle menée à la suite de l'attentat contre les Khobar Towers (Arabie Saoudite, 1996) et rendant obligatoire la poursuite ou l'extradition de personnes inculpées d'attaques contre les bâtiments publics ou gouvernementaux, V. International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, which the United States (signé le 12 janv. 1998) et 18 USC § 2332f, issue du Terrorist Bombings Convention Implementation Act of 2002, Pub. L. n° 107-197, § 102(a), 116 Stat. 721, 721-23 (2002).
- (56) Le droit pénal américain n'avait de portée extraterritoriale qu'en matière d'homicide ou d'attaque contre des hauts fonctionnaires, les diplomates et les agents de police, V. les discussions sénatoriales : 132 Cong. Rec., p. 1718 (1986) (Sen. Arlen Specter) et p. 2355-56 (1986) (Sen. Patrick Leahy). Avec l'*Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act* of 1986, Public L. n° 99-399, 100 Stat. 853 (27 août 1986), et not. 18 USC § 2332 relatif aux peines pour des actes terroristes commis à l'étranger contre des citoyens américains, la poursuite en matière de terrorisme n'est plus conditionnée au fait de prouver que le but de l'attaque était d'intimider le gouvernement. V. son utilisation dans *United States v. Bin Laden*, 93 F. Supp. 2d 484 (SDNY 2000) et *Indictment, United States v. Reid*, n° 02-cr-10013 (D. Mass. 16 janv. 2002) (Dkt. n° 5).
- (57) Relative à l'OLP, V. Pub. L. n° 100-204, 101 Stat. (1987), p. 1407, codifiée à 22 USC (1994), p. 5201-5203.
- (58) Pub. L. n° 101-519, 104 Stat. (1990), p. 2250, codifiée à 18 USC 2332 (1994), p. 2333-2338.
- (59) Permettant d'introduire une action au civil, V. Federal Courts Administration Act, Pub. L. n° 102-572, 1001-1003, 106 Stat. 4506, (1992), p. 4520-24, amendant 18 USC 2331-2338 (1994). Pour une liste des lois portent sur le terrorisme international, V. Congressional Research Serv., Library of Congress, 102d Cong., 1st Sess., International Terrorism : A Compilation of Major Laws, Treaties, Agreements, and Executive Documents (Comm. Print 1991), p. 160-71.
- (60) Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, Pub. L. n° 104-132, 110 Stat. 1214 (24 avr. 1996), not. 8 USC § 1189 (désignation d'organisations terroristes étrangères), 8 USC § 1531 ss. (procédures de déplacement d'étrangers terroristes), 18 USC § 2339B (soutien matériel ou financement d'organisations terroristes étrangères), 18 USC § 2332d (transactions financières), 18 USC § 2339A (soutien matériel à des terroristes), 18 USC § 842, 844 (matériels explosifs), 18 USC § 2332b (actes de terrorisme international), 18 USC § 956 (conspiration à tuer, kidnapper ou blesser des personnes ou affecter la propriété dans un pays étranger), 18 USC § 1114 (protection des personnels américains), 18 USC § 1956(c)(7) (financement). Sur l'histoire législative, V. H.R. Rep. n° 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.
- (61) V. 18 USC § 2339B préc., qui amende la Section 2339 A originellement votée en 1994. V. e.g., R. Chesney, *The Sleeper Scenario : Terrorism-Support Laws and the Demands of Prevention*, 42 Harv. J. on Legis. 1, (2005), p. 12.
- (62) *The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (1994) puis l'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (1996), V. 18 USC 1961-1968 (1994). Les Congrès fédérés ont largement appuyé cette loi, V. par ex. dans l'Illinois, l'*Act of July 18, 1996*, Pub. Act n° 89-515, 5/29C-15(a), 1996 Ill. Legis. Serv. 2234 (West), p. 2235.

Ces lois ont renforcé les pouvoirs du président de façon à lui donner « tous les moyens nécessaires, notamment les actions clandestines et la force militaire pour détruire les infrastructures internationales utilisées par les terroristes internationaux ». En pratique, les autorités américaines ont recouru au paradigme des « petites guerres » (sur le modèle des attaques d'insurgés) dans le cas d'actes terroristes commis à l'étranger (sanctions⁶³, menaces diplomatiques⁶⁴ et éventuel recours au droit à l'autodéfense pour entreprendre une action militaire rapide comme en Libye, en Irak, au Soudan et en Afghanistan) dans les situations, les plus simples et les plus courantes où elles estimaient posséder des preuves manifestes que l'attaque avait été soutenue par un État⁶⁵. Quand il n'avait pas semblé que les actes terroristes commis à l'étranger eussent impliqué d'État, les autorités agirent cependant dans le cadre du droit pénal en demandant assistance de façon à rassembler à l'étranger des preuves nécessaires, ou en engageant une procédure d'extradition si les personnes présumées terroristes avaient fui dans un autre État⁶⁶. Il en alla de même dans le cas réciproque, mais déterminant après 2001, où les actes de terrorisme international auraient été commis sur le territoire des États-Unis⁶⁷. L'attaque du World Trade Center de 1993, ou les tentatives d'attaques sur New York City ou le Los Angeles International Airport de 2000 furent ainsi considérées comme des conspirations criminelles liées à Al-Qaïda, et traitées dans le cadre du droit pénal commun, notamment en matière de preuve.

La légalité et l'efficacité de cette stratégie pénale ont certes été mises en doute dès les années 1990. Ainsi du respect effectif des procédures pénales en matière d'obtention de renseignement ou de l'admission de ces renseignements comme moyen de preuve⁶⁸. Ou encore des lacunes réveillées par les enquêtes relatives aux attentats du World Trade Center (1993), qui forment la meilleure préfiguration des attaques du 11 septembre 2001. Malgré ces imperfections, le recours à la stratégie pénale resta fort et, quoiqu'elle en ait dit en 2001, globalement efficace.

Certaines dispositions pénales auraient pu être utilisées de façon directe. Ce fut le cas *ex post* de plusieurs dispositions du Chapitre 11B du *Federal Criminal Code*⁶⁹ dans les procès relatifs aux attentats de 1998 et à l'affaire du *shoe bomber*⁷⁰. D'autres, comme celles du *Seditious Conspiracy Act* (1861)⁷¹, auraient permis d'engager une action davantage préventive⁷² de poursuite des conduites préparatoires au terrorisme⁷³. Les dispositions du titre 18 de l'*United States Code*,

(63) Ainsi contre la Libye après l'explosion du vol Pan Am Flight 103.

(64) Ainsi, après les frappes de missiles d'août 1998, les États-Unis avaient officiellement averti les Talibans, ainsi que le Soudan, qu'ils les tiendraient responsables de toute attaque perpétrée par le réseau d'Ousama Ben Laden, où qu'elles surviennent, tant qu'ils continueraient à lui offrir asile.

(65) V. Ph. Heymann, *Terrorism and America : A Commonsense Strategy for a Democratic Society*, Cambridge, MIT Press, 1998.

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

(67) E.g. J. Murphy, *Legal Controls and the Deterrence of Terrorism : Performance and Prospects*, 13 Rutgers L. J 465 (1982), p. 466 s.

(68) V. les concessions faites par la défense in *US v. Bin Laden*, 132 F. Supp.2d 168 (SDNY, 16 févr. 2001), p. 187-89

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

(70) V. récipr. *United States v. Bin Laden*, 93 F. Supp. 2d 484 (SDNY 2000) et *Indictment, United States v. Reid*, n° 02-cr-10013 (D. Mass. Jan. 16, 2002) (Dkt. n° 5). 2).

(71) Sur 18 USC § 2384, V. Ohio Grand Jury Charge, 30 F. Cas., p. 1038. E. g., V. Br. Winter, *Invidious Prosecution : The History of Seditious Conspiracy — Foreshadowing the Recent Convictions of Sheikh Omar Abdel-Rahman and His Immigrant Followers*, 10 Geo. Immigr. L.J. 185 (1996), p. 193 s. et 202 s.

(72) Selon la formule de John Ashcroft, Att'y Gen. of the United States : « We must prevent first, prosecute second », *Homeland Defense : Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 107th Cong. (2001), p. 9

(73) Concernant l'utilisation de 18 USC § 2384, V. *United States v. Khan*, 461 F.3d 477, 487 (4th Cir. 2006) et *United States v. Rahman*, 189 F.3d 88, 123 (2^d Cir. 1999).

notamment son extensive section 2339 A⁷⁴, donnaient des moyens efficaces, souvent utilisés avant 2001, de lutter contre les « petites mains » et « sympathisants » au terrorisme se trouvant aux États-Unis (ou dans leur compétence)⁷⁵. Il était aussi possible d'inculper une personne en vertu du « incitation criminelle »⁷⁶ qui interdit « l'intention qu'une autre personne ne s'engage dans une conduite constituant un crime décrit au titre 18 », savoir d'« ordonner, conduire ou sinon favoriser la persuasion d'une personne de commettre un délit »⁷⁷.

D'autres dispositions avaient une efficacité indirecte. Des inculpations criminelles comme le vol d'identité, les fraudes aux cartes bancaires, les déclarations mensongères aux autorités fédérales⁷⁸ et autres fraudes au mariage⁷⁹ ont ainsi été utilisées pour arrêter préventivement des personnes suspectées de terrorisme en vertu d'une inculpation pénale⁸⁰. De présumés terroristes ont été inculpés de conspiration à commettre des crimes tels que la fraude, le blanchiment d'argent, le piratage d'aéronef, le racket ou le meurtre⁸¹. Enfin, les étrangers en situation illégale ont aussi pu se voir détenus, avant d'être expulsés, du fait du lancement à leur rencontre d'une procédure civile relative aux lois d'immigration⁸².

Dans les deux cas, l'inculpation criminelle ouvrait aux juges fédéraux de larges possibilités répressives mais aussi préventives de mise en détention pour des personnes qu'elles présu-

- (74) Sur l'utilisation de § 2339 A en l'absence de possibilité d'inculper pour « conspiration » ou « tentative », V. *Criminal Complaint, United States v. Lakhani*, n° 03-cr-00880 (DNJ 11 août 2003) (Dkt. n° 1) et *United States v. Lakhani*, 480 F.3d 171, 174-77 (3^d Cir. 2007), V. HRF, p. 33 s. Pour un exemple d'utilisation préemptive en l'absence de possibilité d'inculper pour un crime terroriste substantiel, V. *Indictment, United States v. Goba*, n° 02-cr-00214 (WDNY 21 oct. 2002) (Dkt. n° 42). Sur l'utilisation de 2339B à des fins préventives, V. Chesney, *The Sleeper Scenario. Terrorism-Support Laws and the Demands of Prevention*, 42 Harv. J. on Legis. 1, 12 (2005), p. 39-44. V. 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).
- (75) La section 2339B interdit, en particulier, de fournir un quelconque soutien matériel aux organisations qui ont été formellement désignées comme organisations terroristes étrangères par le secrétaire d'État. Près de la moitié des procès pénaux en ce domaine l'ont été sur le fondement des § 2339A et § 2339B. L'incrimination 2339 B n'a pas été utilisée sans risques par certains procureurs, V. jugement de l'affaire *Mohammed Ali Hasan al-Moayad*, d'abord condamné par un jury de l'United States District Court Eastern District of New York en 2005 à 75 ans de détention et à une amende de 1,25 millions dollars.
- (76) 18 USC § 373. Les actes qui constituent une sollicitation ne permettent pas de bénéficier de la protection du Premier Amendement, V. *Rahman*, 189 F.3d at 116-17. Cela a été utilisé avec succès dans les affaires *Abdel Rahman, Superseding Indictment*, § 4, *United States v. Rahman*, n° 93-cr-00181 (SDNY 19 oct. 1994) (Dkt. n° 361), et *Oussama bin Laden, Superseding Indictment*, § 3, 12(j), 12(o), 12(ww)-(zz), *United States v. Bin Laden*, n° 98-cr-01023 (SDNY 12 mars 2001) (Dkt. n° 550). Cette option semble néanmoins poser potentiellement davantage de conflits avec les réquisits du premier Amendement que le soutien matériel n'en pose au regard des premier et cinquième amendements, mais il est possible de recourir à une stratégie similaire grâce au Smith Act of 1940 dont le but est de protéger le pays contre la « violence, la révolution et le terrorisme ». V. *Dennis v. United States*, 341 US 494, 501 (1951) (Vinson, C.J., plurality) ; accord *United States v. Blumberg*, 136 F. Supp. 269, 270 (ED Pa. 1955) (quoting Dennis, 341 U.S. at 501)
- (77) 18 USC § 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 (2^d Cir. 1957), p. 676. Dans sa décision *Brandenburg v. Ohio*, la Cour suprême a décidé que, en vertu du Premier 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 US 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.
- (78) V. *Judgment, United States v. Biheiri*, n° 03-cr-00365 (E.D. Va. Jan. 12, 2004) (Dkt. n° 47) et *Judgment, United States v. Biheiri*, n° 04-cr-00201 (Jan. 14, 2005) (Dkt. n° 89).
- (79) V. US Dep't of Justice, 2007 Counterterrorism White Paper Update, p. 20.
- (80) Comme l'a noté la 9/11 Commission, 15 des 19 preneurs d'otage du 11 septembre 2001 étaient susceptibles d'être arrêté du fait de leurs passeports et documents de voyage frauduleux, V. 9/11 Commission Report, p. 384
- (81) V. L'inculpation peut se faire soit comme conspiration de commettre un crime substantiel (18 USC § 32; 18 USC § 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 USC § 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).
- (82) Le cas de Zacarias Moussaoui illustre les potentialités d'une utilisation des lois d'immigration puisqu'il a été arrêté le 6 août 2001 après dénonciation, par les Immigration and Naturalization Service pour dépassement de la durée de son visa, V. 9/11 Commission Report, p. 273.

maient « dangereuse » au regard de la menace terroriste⁸³. Le *Bail Reform Act*, qui exige que la détention soit faite dans les conditions « les moins restrictives »⁸⁴, 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 fuite⁸⁵? À ce renversement de la charge de la preuve, s'ajoute que le gouvernement peut introduire dans cette procédure des preuves non admissibles au regard des *Federal Rules of Evidence*⁸⁶. Les potentialités ouvertes par le droit pénal, auxquelles l'Administration Bush a rapidement cherché à déroger⁸⁷, étaient donc nombreuses.

La prétendue légalité au regard du droit international

Quand bien même elle montre l'inefficacité du droit pénal, la doctrine de l'ECI doit encore être recevable au regard du droit international, notamment les conventions de Genève. Un flot de justifications de la légalité de cette doctrine a été avancé par l'Administration en matière de détention, de condition d'interrogation et de condition de jugement. Mais l'interrogation porte d'abord sur la qualification même de combattants illégaux, auxquels renvoie le terme d'ECI et qui ne sauraient être protégés par la troisième Convention de Genève de 1949 puisque cette dernière porte sur toutes les personnes participant directement aux hostilités sans y être autorisées. Mais il y a de bonnes raisons de croire — plusieurs travaux préparatoires de comités traitant de la troisième Convention de Genève y invitent en tous les cas, que la quatrième Convention de Genève couvre les combattants illégaux dans la mesure où ces derniers vérifient les critères de nationalité⁸⁸. 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 illégaux⁸⁹, qu'ils remplissent ou non les critères de nationalité.

En tous les cas, comme l'indique clairement la troisième Convention de Genève, il revient à un « tribunal compétent », au cas par cas, de déterminer *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 doit être de nature judiciaire dès lors qu'il a pour fonction de juger une personne qui n'est pas dotée du statut de prisonnier de guerre pour un acte criminel commis au cours des hostilités.

Au-delà la pertinence stratégique de l'utilisation de ce régime dérogatoire, sa justification ne peut en rester à une exégèse de strict droit international car l'applicabilité du droit inter-

(83) Fed. R. Crim. P. 5 et 18 USC § 3242(f)(1).

(84) 18 USC § 3142(c)(1)(B).

(85) V. 18 USC § 3142(e).

(86) V. 18 USC § 3142(f).

(87) L'affaire *Ali Saleh Kahlah al-Marri* est édifiante, V. *al-Marri v. Wright*, 487 F.3d 160 (4th Cir. 2007) qui eût pu être inculpé et donc détenu en temps utile, en vertu d'un mandat de *material witness* du Southern District of New York militaire d'un individu qui n'est pas un ennemi étranger et a été arrêté par des *civilian law enforcement* loin d'un champ de bataille et à un moment où il n'était pas engagé dans une guerre contre les États-Unis.

(88) 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.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 (éd.), *International Dimensions of Humanitarian Law*, La Haye Martinus Nijhoff, 1988. Certains commentateurs semblent ne pas reconnaître l'applicabilité de l'article 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, V. position de Knut Dörmann, *The legal situation of « unlawful/unprivileged Combatants »*, *Rev. Int. Croix Rouge*, mars 2003, Vol. 85, n° 849, en part. p. 58-66.

(89) Les auteurs qui ont écrit avant l'adoption du premier Protocole additionnel ont reconnu que certaines des garanties humanitaires minimales s'appliquent à tous les combattants illégaux. Ils découlent de ces garanties, soit de l'article 3 commun aux CG I-IV, l'article 5 (3) de la IV^e Convention ou de la clause de Martens, selon que l'on a accepté l'applicabilité de la IV^e Convention aux combattants illégaux ou non.

national en l'espèce est contestée. Les tenants de la doctrine de l'ECI l'ont bien compris puisque 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.

Le contenu de la doctrine

Encore faut-il pouvoir subsumer la pratique si évolutive de l'Administration Bush sous un corps de doctrine unitaire, fût-elle constitutionnelle. Cette dernière devrait rendre compte au moins des trois difficultés suivantes.

De deux doctrines...

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 divergent (en ayant d'abord eu prévalence sur celles-ci) de celles d'Alberto Mora ou de Colin Powell au point qu'il est difficile de parler ici d'une seule stratégie de l'exécutif. En première approximation, la dynamique interne à l'exécutif est partie d'une ligne dérogatoire extrême, prônée par exemple par John Yoo, jusqu'à ce que l'*Office of Legal Counsel* désavoue cette dernière à partir de 2004⁹⁰.

L'action contentieuse a fortement appuyé cette évolution. Les affaires *Rumsfeld v. Padilla* relative à un ressortissant américain arrêté aux États-Unis, et *Hamdi v. Bush* relative à un ressortissant américain arrêté hors des États-Unis ont ainsi conduit à ce que l'Exécutif finisse par conférer aux plaignants des espèces l'une des principales protections des Conventions de Genève : la détermination du statut d'ECI par un « tribunal compétent », assortie de la présence d'un avocat et faite en vertu des règles constitutionnelles américaines de *due process*. Outre qu'elle s'est déclarée compétente pour se prononcer sur les appels des requérants, la Cour suprême a aussi confirmé dans l'affaire *Rasul v. Bush*, elle aussi décidé le 28 juin 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 Guantanamo, 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 Guantanamo avaient vu ou allaient voir leur statut examiné par un tribunal, en l'espèce militaire⁹¹ — ce qui n'est autre qu'une des obligations de la troisième convention de Genève dont l'Administration avait pourtant refusé formellement l'application aux détenus⁹².

L'incohérence générale animant l'idée d'une doctrine unitaire des « ECI » résulte enfin des variations introduites par le Congrès. Guère meilleur exemple à cet égard que les circonvolutions introduites par l'*Amendement McCain* et le *Detainee Treatment Act* (2005), la décision *Hamdan* (juin 2006), le *Military Commission Act* (octobre 2006) et la légalité des commissions militaires chargées qui décide du statut des ECI de Guantanamo.

En réalité, les évolutions présidentielles, législatives et judiciaires sont telles que s'il devait y avoir une doctrine constitutionnelle de l'ennemi combattant illégal, elle ne saurait être unitaire.

(90) Sur les conflits à l'intérieur de l'Administration Bush sur cette question, V. J. Goldsmith, *The Terror Presidency, Law and Judgment Inside the Bush Administration* (W. W. Norton, 2007).

(91) Et que la décision de celui-ci avait fait ou ferait l'objet d'un recours devant la cour d'appel du District de Washington.

(92) V. déjà Gabor Roña, *War Doesn't Justify Guantanamo*, *Financial Times*, 1^{er} mars 2004.

... l'une — remarques sur John Yoo

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 ⁹³.

Une version faible de cette doctrine sous-tend l'analyse critique de la lutte antiterroriste de l'Administration Bush faite par le professeur Goldsmith (Harvard) dans *The Terror Presidency* (2007) ⁹⁴, notamment en ce qui concerne les conditions d'interrogation et les moyens de surveillance ⁹⁵.

La quintessence de sa version forte est bien exprimée par les textes du professeur Yoo (Boalt Hall, Berkeley) ⁹⁶. Les trois ouvrages qu'il a consacrés à la *War on terror* 2005 ⁹⁷, tout en éclairant les nombreux, et parfois influents mémos qu'il a rédigés durant les deux premières années de la présidence Bush ⁹⁸, permettent de saisir le corps de doctrine constitutionnelle plus large dans laquelle s'inscrivent les mesures les plus dérogatoires du régime de l'ECI ⁹⁹. *The Power of War and Peace* 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 ¹⁰⁰. *In War by Other Means* ¹⁰¹ éclaire l'implication spécifique de John Yoo dans la guerre contre le terrorisme. Enfin, *Crisis and Command* propose une justification historique et normative de la nécessaire supériorité de la présidence dans le système constitutionnel des *checks and balances* ¹⁰². L'analyse des mémos de John Yoo, rendue possible par leur déclassification partielle en 2009, souligne encore l'importance donnée à la théorie des « pouvoirs inhérents » du président en temps de guerre, selon laquelle le Congrès exerce certes un contrôle sur la guerre menée par le président du fait de son pouvoir de 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

(93) Pour une analyse constitutionnelle de ces doctrines et leurs implications, qu'on nous permette de renvoyer à J. Cantegreil, *Dicey revisité. Réflexions sur l'effet cliquet de la War on Terror et la responsabilité des juristes-consultes à l'occasion de la décision sur la compétence dans l'affaire Padilla v. Yoo* (9th Circ., 2009) in *Archives Phil. dr.*, 2010, n° 53.

(94) Ce professeur à la Harvard Law School et directeur de l'OLC du ministère de la Justice, qui a répudié plusieurs mémos sur les interrogations et torture, a démissionné en juin 2004, neuf mois seulement après son accession au poste avant de publier un bilan très critique dans J. Goldsmith, *The Terror Presidency, Law and Judgment Inside the Bush Administration*, W. W. Norton, juin 2007; V. aussi J. Goldsmith et C. Sunstein, *Military Tribunals and the Legal Culture : What a Difference Sixty Years Makes*, 19 *Constitutional Commentary* 261, 2002; 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* 2683, 2005; 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.* 1079, 2008.

(95) Dans le mémo du 1^{er} août 2002, Yoo définit la torture de façon étroite comme des « extreme acts causing severe pain » telle que celle qui « accompanies serious physical injury » conduisant à « death or organ failure » et considère que « any effort by Congress to regulate the interrogation of battlefield detainees would violate the Constitution's sole vesting of the commander-in-chief authority in the president ».

(96) Professeur de droit constitutionnel, 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 Tim Golden, « a junior aide [who] had a big role in terror policy », 23 déc. 2005.

(97) V. aussi 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.

(98) Sur les nombreux mémos déclassifiés, V. J. Cantegreil, *Dicey revisité*. Sur la décision sur la compétence dans *Padilla v. Yoo* (9th Circ., 2009) in *Arch. Phil. Droit*, 2010, n° 53, Dalloz.

(99) Elles dépassent les seuls ECI puisqu'en matière de quatrième amendement, John Yoo affirme par exemple que le président peut permettre à la NSA à surveiller des communications de citoyens américains sur le sol américain sans mandat.

(100) J. Yoo, *The Powers of War and Peace : The Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, Chicago : University of Chicago Press, 2005, où les arguments balancent entre une stricte interprétation originaliste et les exigences propres à la menace contemporaine posée par le terrorisme international.

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

(102) 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 par Reagan. Sur Lincoln et Franklin Roosevelt, comp. avec les vues exprimées par J. Goldsmith in *The Terror Presidency, op. cit.*

Genève, puisque « l'interprétation des traités est un élément clé de la conduite des affaires étrangères ». Au-delà de ces éléments, qui n'ont pas manqués d'être critiqués en doctrine ¹⁰³, 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* ¹⁰⁴. Fondée sur une interprétation particulière de la *Vesting Clause* de l'article II et de la *Take care clause* ¹⁰⁵, 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 ¹⁰⁶. Ainsi rassemblés, ces ouvrages et mémos forment une doctrine politique cohérente, que l'on peut nommer la doctrine des ennemis combattants illégaux.

◆ DE LA RÉPUDIATION DE LA DOCTRINE À LA DIFFICILE RÉPUDIATION D'UNE PRATIQUE, 2009

► La volonté affichée de répudiation

L'amodiation juridictionnelle durant l'Administration Bush

En 2002, une fois les premières personnes capturées en Afghanistan et incarcérées aux États-Unis, la légalité de l'ensemble de la stratégie américaine relative au ECI a commencé d'être contestée devant des cours civiles fédérales. Leurs jugements ont notamment porté sur l'étendue des prétendus pouvoirs du président comme Commandant en Chef, sur la nécessité que les actions prises à ce titre aient été validés par le Congrès ou contrôlé par une cour civile, sur la nature législative ou constitutionnelle des droits dont les requérants peuvent se prévaloir, et enfin sur la conduite dilatoire de l'Administration dans ce contentieux.

La Cour suprême fédérale a statué à cinq reprises sur la doctrine de l'ECI ¹⁰⁷ en l'amodiant comme suit. Dans les affaires *Hamdi* ¹⁰⁸ et *Padilla* ¹⁰⁹, la Cour a limité les prétentions de l'Exécutif à jouir d'un pouvoir constitutionnel, éventuellement inhérent, non contrôlable judiciairement comme commandeur en chef ¹¹⁰. Dans l'affaire *Rasul*, qui portait sur 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" » ¹¹¹, la Cour n'a pas statué sur la « légalité de [la] détention » ni sur la nature exacte du contrôle factuel que doit entreprendre la

(103) Sur l'emploi de la théorie des prérogatives, issue du second traité de Locke (1690) ou sur la conception de la présidence. Sur ce dernier point, on comparera utilement à Br. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Harvard UP, 2005.

(104) V. la lettre 51 (James Madison).

(105) 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 ».

(106) Toutes les branches du pouvoir exécutif peuvent contrôler l'action des officiers subordonnés et des agences gouvernementales au point que tout pouvoir discrétionnaires exercés 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 (puisqu'elles sont unies).

(107) Autre est l'objet de *Ashcroft v. Iqbal*, 556 US, 129 S.Ct. 1937 (2009).

(108) *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S.Ct. 2633 (2004).

(109) *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S.Ct. 2711 (2004).

(110) Selon 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 US 507 (2004) (Scalia, J., dissenting), p. 554-555.

(111) *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004), p. 475 (faisant référence à 28 USC § 2241).

cour de district pour déterminer la légalité de la détention ¹¹². Elle a néanmoins décidé que les tribunaux fédéraux américains ont bien compétence sur les requêtes d'*habeas corpus* des détenus étrangers à Guantanamo. À chaque fois, la Cour a rejeté la doctrine de l'ECI sous la forme avancée par l'Exécutif et ainsi, loin de délivrer un « chèque en blanc » (Justice O'Connor) à la *War on terror*, elle en a limité quelques éléments essentiels. En pratique, ces trois décisions de 2004 ont initié le déclin du nombre de détenus à Guantanamo.

Durant le second Mandat, la Cour suprême a confirmé les limites aux prétentions de l'Administration. Se déclarant compétente dans l'affaire *Hamdan* (2006) ¹¹³, la Cour a d'abord décidé que l'Administration n'avait pas reçu du Congrès une autorisation suffisante pour instituer les procédures et la structure des Commissions militaires, dont elle a décidé qu'en l'état elles violaient l'*Uniform Code of Military Justice* et les quatre Conventions de Genève de 1949, notamment l'article 3 commun que la Cour estime être incorporé dans l'UCMJ. Il suffira au Congrès de les autoriser en votant le *Military Commission Act*. Mais le 12 juin 2008, la Cour suprême a décidé dans l'affaire *Boumediene* relative à un citoyen naturalisé de Bosnie Herzégovine détenu à Guantanamo, que le requérant a un droit constitutionnel d'*habeas corpus* dont le *Military Commission Act*, voté en octobre 2006, constitue une suspension inconstitutionnelle ¹¹⁴. Malgré ces limitations successives, l'Administration Bush n'a cessé de soutenir devant les cours la doctrine de l'ECI tout au long des deux mandats de la présidence Bush.

La rhétorique de répudiation de la doctrine de l'ECI par l'Administration Obama

La volonté de révocation de la *War on terror* est venue de l'Administration Obama. Elle s'est exprimée par les *executive orders* adoptés par le président dès sa prise de fonction les 20 et 21 janvier 2009 et qui ont ordonné la fermeture immédiate des prisons secrètes de la CIA et sous un an celle de Guantanamo, exigé que les techniques d'interrogation de la CIA satisfassent à celles utilisées par l'armée, révoqué plusieurs ordonnances présidentielles antérieures, temporairement suspendu les procédures engagées devant les commissions militaires et mis un terme à la détention sans inculpation de l'ECI américain Ali Saleh Kahlal al-Marri depuis 2003 à Guantanamo.

La révocation rhétorique de la doctrine de l'ECI s'est accompagnée de l'institution de plusieurs *task forces* dont l'ensemble des conclusions devaient aider à définir une doctrine alternative sous un an. Deux éléments sont allés dans le sens de cette évolution.

La force éprouvée du droit pénal

Tout d'abord, il est progressivement apparu que le système pénal avait efficacement contribué à la lutte antiterroriste durant l'Administration Bush. La force du système pénal durant l'Administration Clinton avait été largement commentée, tant en matière d'arrestations ¹¹⁵ que de condamnations comme l'avait illustré les affaires de prises d'otages dans les années 1980 ¹¹⁶ jusqu'aux affaires les plus importantes des années 1990 — l'explosion des Tours

(112) Une cour inférieure a d'ailleurs pu se fonder sur cette décision pour décider qu'il n'existe « aucune théorie juridique viable par laquelle conférer en l'espèce un *writ d'habeas corpus* ». *Khalid v. Bush*, 355 F. Supp. 2d 311 (DDC 2005).

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

(114) *Boumediene v. Bush* 553 US (2008). Sur les fortes conséquences de l'approche fonctionnelle adoptée dans cette décision, V. J. Cantegreil, D'une stratégie contentieuse : sur la portée extraterritoriale de la Constitution, in J.-M. Sorel (dir.), *Vers une internationalisation du jugement des actes de terrorisme international?*, Paris, Pedone, 2010.

(115) La National Commission on Terrorist Attacks upon the United States de 2004 (« The 9/11 Commission Report ») qualifiera ainsi de « superb investigative and prosecutorial effort » la poursuite des personnes impliquées dans l'explosion du World Trade Center, V. p. 94-96.

(116) Sur les modalités de capture, la portée extraterritoriale du droit pénal américain en matière de terrorisme et l'admissibilité des preuves en vertu du Classified Information Procedures Act ("CIPA"), V. not. les affaires *United States v. Rashid*, 47 F.3d 1158 (Sec. Cir., 1995), *United States v. Yunis*, 924 F.2d 1086, 1091 (DC Cir., 1991) et *United States v. Rezaq*, 908 F. Supp. 6, 7-8 (DDC 1995).

Khobar et des ambassades de l'Afrique de l'Est ¹¹⁷, le complot du Millénum ¹¹⁸ et des attaques contre le navire *USS Cole* ¹¹⁹. L'efficacité éprouvée du système pénal avait d'ailleurs conduit l'Administration Bush à mener ses premières poursuites dans ce cadre, 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-Qaida aux États-Unis et ait attendu des instructions qui ne sont jamais venues ¹²⁰, ou, malgré d'importantes dérogations, pour le procès du « Taliban américain » en Afghanistan John Walker Lindh ¹²¹.

Au moment où un bilan des années 2001-2009 devenait possible, des études ont commencé à révéler que les cours civiles fédérales avaient pu exercer leur compétence quasi-constamment et avaient autorisé nombre de souplesses procédurales au bénéfice de l'action préventive et répressive de l'Administration Bush. Dans les cas fréquemment évoqués où un inculpé a été introduit dans le système pénal par des moyens non conventionnels, et où ce dernier prétend avoir été soumis à des traitements coercitifs hors du cadre normal d'arrestation et d'extradition, les cours fédérales ont souvent interprété les exigences constitutionnelles de *due process* en vertu de la doctrine *Ker-Frisbie* de façon à se reconnaître compétente pour juger l'inculpé une fois que ce dernier apparaît devant elles. En d'autres termes, les cours fédérales n'ont pas mis en œuvre les exceptions introduites à la suite de la décision *Frisbie*. ¹²² Ainsi *Ramzi Yousef* (explosion du vol 434 de la Philippine Airline) a-t-il invoqué sans succès la jurisprudence *United States v. Toscanino* ¹²³ en alléguant qu'il avait été enlevé au Pakistan, torturé

(117) L'enquête relative aux attaques contre les ambassades américaines de Nairobi (Kenya) et Dar es Salaam (Tanzanie), le 7 août 1998, a conduit à l'arrestation et à l'inculpation de Wadiah el-Hage, au mandat d'arrêt contre Mamdouh Mahmud Salim et à des condamnations allant de dix années à la prison à vie pour quatre personnes. Les difficultés ont essentiellement porté sur la constitution du jury, l'obtention des preuves par des agents de renseignement étranger et le respect du CIPA. Ahmed Khalfan Ghailani, inculpé pour l'attaque de Tanzanie, sera jugé en 2010 par le United States District Court for the Southern District of New York.

(118) Ahmed Ressayam a été condamné en 2005 à 25 années de prison.

(119) 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). Le 14 mars 2007, un juge fédéral avait n'avait pas satisfait à la demande de non lieu du Soudan, décidé que ce pays était responsable de cette attaque et permis procès civil relatif au dommage de prospérer. Le 24 août 2005, une cour de sécurité yéménite avait inculpé si personnes en relation avec cette attaque.

(120) Sa connexion avec les attaques du 11 septembre n'était pas prouvée, *V. United States v. Moussaoui*, 282 F. Supp. 2d 480 (ED Va. 2003), p. 487. Z. Moussaoui a plaidé coupable et, après un procès où il risquait la peine de mort, il a été condamné à la prison à vie, *V. Judgment, United States v. Moussaoui*, n° 01-cr-00455 (ED Va., 4 mai 2006). En l'absence de règles favorables à la centralisation des jugements, comme c'est le cas en France depuis 1986, la diversité de venues légitimes dans une affaire fédérale d'une telle complexité rendait possible le choix de l'Eastern District of Virginia. Il n'en témoigne pas moins d'un changement de stratégie significatif puisque la quasi totalité des affaires de terrorisme international traitées durant l'Administration Clinton l'avaient été par le Southern District of New York City.

(121) *United States v. Lindh*, 227 F. Supp. 2d 565 (E.D. Va. 2002). Ce citoyen américain, capturé à fini par transiger (*plea bargaining*) sur le fait qu'il avait combattu armé au côté des Taliban. Bien qu'il semble avoir eu une implication moindre avec les terroristes, il n'a pas bénéficié du protocole complet des *Miranda warning*. Les conditions de capture pouvaient ouvrir droit à l'exception pour *public safety* explicitée dans *New York v. Quarles*, 467 US (1984), p. 649-56. V. déjà *United States v. Khalil*, 214 F.3d 111 (2^d Cir. 2000), p. 121-122. Dans l'affaire *Lindh*, le gouvernement a défendu cette option, *V. Gov't Opp'n to Def.'s Mot. to Suppress Statements*, p. 9-19; *Lindh* (ED Va. 1^{er} juill. 2002) (Dkt. n° 271). Comp. avec la position de la défense *in Mot. to Suppress Statements for Violation of Fifth Amendment Rights (Miranda and Edwards)*, p. 6-18; *Lindh* (ED Va. 14 juin 2002) (Dkt. n° 224). Mais le juge ne l'a pas pris en compte dans le jugement. 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* (ED Va. 14 juin 2002) (Dkt. n° 229) et *Mem. in Opp'n to Def.'s Mot. to Compel Production of Discovery*, p. 7-8; *Lindh* (ED Va. 29 mars 2002) (Dkt. n° 57). Sur l'évolution post 2001, V. M. Darmer, *Beyond Bin Laden and Lindh : Confessions Law in an Age of Terrorism*, 12 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y* (2003), p. 319.

(122) Dans *Ker v. Illinois*, la Cour suprême a décidé que « for mere irregularities in the manner in which [*the defendant*] may be brought into custody of the law, we do not think he is entitled to say that he should not be tried at all for the crime with which he is charged in a regular indictment », 119 US 436 (1886), p. 440. La Cour a réaffirmé ce principe dans *Frisbie v. Collins*, 342 US 519 (1952), p. 522. Depuis lors, les cours ont identifié deux circonstances étroites dans lesquelles un enlèvement irrégulier de l'accusé pourrait conduire une cour fédérale à perdre sa juridiction sur une affaire pénale : (a) si l'enlèvement viole une disposition explicite d'un traité d'extradition pertinent, *V. United States v. Alvarez-Machain* 504 US 655 (1992), ou (b) si l'enlèvement est accompagné de torture ou d'une autre conduite extrême qui « choque la conscience [*shocks the conscience*] » de la cour, *V. United States v. Best*, 304 F.3d 308, 312 (3^d Cir. 2002) et *United States v. Anderson*, 472 F.3d 662, 666 (9th Cir. 2006).

(123) *United States v. Toscanino*, 500 F.2d 267 (2^d Cir. 1974).

durant plusieurs mois puis transféré à des policiers américains à Islamabad ¹²⁴. De même dans l'affaire *Padilla*, la cour fédérale de district a refusé de caractériser, comme le défendant le lui demandait, les conditions d'interrogation et de détention militaire comme une conduite outrageuse qui pourrait conduire à rejeter le mandat de l'*indictment* ¹²⁵.

Bien qu'il reste difficile de préciser le nombre d'affaires introduites au niveau fédéral contre les associations terroristes comme Al-Qaïda et les individus et organisations qui leur sont liées idéologiquement et organisationnellement, cette souplesse procédurale semble avoir initié une vague de condamnations nombreuses et lourdes. Une étude fiable de 2008 identifie ainsi 107 poursuites liées au terrorisme entre septembre 2001 et décembre 2007, conduisant à 257 inculpations et tenues pour l'essentiel dans l'Eastern District of Virginia, le Southern District of New York et l'Eastern District of New York ¹²⁶. Il en a résulté 139 mises en détentions après refus d'une libération sous conditions ¹²⁷. Parmi les poursuites engagées, 160 inculpés ont déjà vu leur cas jugés, et à l'époque du rapport (mai 2008) 145 avaient été condamnés (après jugement ou *guilty plea*), ce que le gouvernement a considéré en général comme un succès. Dans 111 cas, les inculpés ont finalement été condamnés à de la prison ferme ¹²⁸.

La répudiation partielle du terme

Ensuite, l'Administration a tout fait de ne plus qualifier les détenus de Guantanamo d'« ennemi combattant illégal ». À la place, elle s'est proposée de ne plus détenir que ceux qui ont apporté *primo* un soutien « substantiel » aux forces talibanes ou d'Al-Qaïda (alors que la définition d'ECI exige la preuve d'un soutien « direct » de ces forces), ou *deusio* un soutien « substantiel » aux forces autres que Talibanes ou d'Al-Qaïda engagées dans des hostilités contre les États-Unis et ses partenaires de la coalition (alors que la définition précédente exigeait seulement un « soutien »). *Tertio*, la nouvelle Administration a lié la détention au fait que les personnes ont « directement » soutenu les hostilités pour aider les forces armées ennemies (alors que la précédente exigeait seulement un « soutien » à de telles hostilités et n'exigeait pas que les forces ennemies aient été « armées ») ¹²⁹.

Cette contre doctrine de la nouvelle Administration élaborée en termes de « soutien substantiel » est « informée » par les « principes du droit de la guerre ». Elle n'en reste pas moins ambiguë. D'une part, le ministre de la Justice Holder avait annoncé que ces politiques de détention seraient modifiées après que « quelques raffinements supplémentaires » seront introduits dans le cadre d'un contrôle inter-agences de toutes les facettes de la politique de détention; celui-ci devait être réalisé pour septembre 2009 et se fait toujours attendre. D'ici là, les modifications introduites par l'administration quant à l'autorité que le Congrès peut lui donner de détenir des individus qui auraient « soutenu substantiellement » Al-Qaïda ou les Taliban ont des effets minimaux. Surtout, l'Administration n'a appliqué cette nouvelle définition alternative à celle d'ECI qu'aux individus détenus à Guantanamo.

(124) *United States v. Yousef*, 927 F. Supp. 673, 677 (SDNY 1996), p. 676-77.

(125) *United States v. Padilla*, n° 04-cr-60001, 2007 WL 1079090 (SD Fla. Apr. 9, 2007). La cour a néanmoins pris en compte les conditions de détention de Padilla, *V. Judgment, Padilla* (SD Fla. 22 janv. 2008) (Dkt. n° 1333).

(126) *In Pursuit of Justice : Prosecuting Terrorism Cases in the Federal Courts, Human Rights First, 2008, Figures 9, 10 et 11, p. 27*. L'étude indique un grand nombre d'affaires introduites et un grand nombre de *défendants* inculpés immédiatement après les attaques de 2001. Malgré l'étude indique une baisse générale du nombre de nouveaux *défendants* inculpés chaque année qui suit 2001. *Contra*, Counterterrorism white paper, 22 juin 2006.

(127) *V. Figure 13, p. 29*.

(128) Pour une autre étude fiable, *V. Terrorist Trial Report Card : September 11, 2001-September 11, 2009, Center on Law and Security, New York University School of Law, janv. 2010*.

(129) *Detainee Litigation Respondents' Memorandum Regarding The Government's Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantanamo Bay, US District Court, DC Circuit, Misc. n° 08-442 (TFH) IN RE : 05-0763 (JDB) 05-1646 (JDB) Guantanamo Bay 05-2378 (JDB)*.

D'autre part, l'Administration ayant maintenu que son pouvoir de détention « n'est pas limité à des personnes capturées sur le champ de bataille d'Afghanistan », la question de la détention à Bagram reste ouverte. L'Administration défend pour l'instant que ceux qui y sont détenus n'ont aucun droit d'*habeas corpus* ni d'avocat. De même, ces modifications n'emportent pas d'effet sur le pouvoir de détention à l'intérieur des États-Unis dans le cas avéré d'un « substantial support » pour le terrorisme. Cette nouvelle définition abandonne donc l'expression de « ennemi combattant illégal » pour reprendre, par l'utilisation du terme « substantiel », des standards presque identiques à ceux utilisés par l'Administration Bush en matière de détention sans inculpation.

Quand elle est maintenue, la qualification d'ennemi combattant illégal continue d'emporter des effets importants en matière de détention. L'Administration a ainsi noté à propos de la référence que le juge Richard J. Leon fait à la définition donnée par l'administration Bush que cette référence reproduisait la définition passée du Pentagone sans statuer sur « l'autorité légale de détention » de l'Administration. Cette nuance notée, la nouvelle position de l'Administration Obama autorise des standards de preuve particulièrement bas qu'illustre bien la décision *Ahmed v. Obama* du DC Circuit ¹³⁰ : bien que le Juge Kessler ait en l'espèce décidé que les preuves du gouvernement étaient trop faibles, et ordonné la libération du requérant Alla Ali Bin Ali Ahmed ¹³¹, il a confirmé la légalité des nouveaux standards de qualification avancés par l'Administration et autorisé cette dernière à se fonder sur la *mosaic theory*, qui correspond à un niveau de preuve de culpabilité particulièrement bas. Cette nouvelle décision, très favorable donc à l'administration, n'est pas certaine de voir sa légalité confirmée en appel ¹³². À ce jour, quatre juges ont statué au fond sur ces questions présentes dans une trentaine d'affaires; les divergences apparaissent déjà si fortes qu'elles conduiront probablement la cour d'appel du DC Circuit, voir la Cour suprême fédérale, à statuer sur cette définition.

Surtout, de nombreuses dérives persistent, ainsi qu'il apparaît en matière d'interrogation. Là encore, la répudiation de la doctrine Bush était annoncée lorsque le 22 janvier 2009, le président Obama avait expressément interdit l'utilisation de la torture dans les enquêtes, révoqué l'*Executive Order* 13440 de juillet 2007 qui limitait l'applicabilité à la CIA de l'article 3 commun des Conventions de Genève et ordonné la fermeture aussi rapide que possible des lieux de détention de la CIA. Sans même revenir sur les doutes qui ont surgi après que dans son audition de confirmation devant le Sénat le futur directeur de la CIA Paneta ait accepté le principe du recours à des pratiques d'interrogation renforcées dans certains cas, là encore, la situation est plus complexe que ne le laisserait penser cette geste répudiatrice.

L'affaire *Rasul* le montre de façon emblématique. Après que la Cour suprême fédérale a établi dans la décision *Boumediene v. Bush* du 12 juin 2008 que les détenus de Guantanamo, fussent-ils non américains, ont le droit constitutionnel de contester leur détention devant une cour fédérale, la Cour suprême a enjoint en décembre 2008 de reconsidérer une affaire pendante *Rasul v. Myers* relative à l'utilisation de la torture et autres abus systématiques. Or le 12 mars 2009, à l'occasion de sa première expression devant un tribunal fédéral de sa position sur les réclamations de torture des détenus de Guantanamo ¹³³, l'Administration Obama a exhorté le tribunal du DC Circuit de refuser que le recours des requérants puisse prospé-

(130) *Alla Ali Bin Ali Ahmed v. Obama* (Civil Action n° 05-1678 [GK]).

(131) La Cour note néanmoins que cette libération est empêchée par la décision du DC Circuit *Kiyemba v. Obama*, dont la Suprême a décidé de se saisir.

(132) Le 19 mai 2009, le juge de district John D. Bates a conclu dans l'affaire *Hamlily v. Obama* (05-763) que la détention sur le fondement de la définition nouvellement donnée par l'Administration (en termes de « soutien substantiel ») « n'est simplement pas autorisé par l'AUMF ou par le droit de la guerre ».

(133) *Rasul, et al., v. Myers, et al.*, (DC Circuit Court docket 06-5209). Selon les avocats des requérants, « It is difficult to conceive of a right of habeas without a corresponding right to due process ».

rer parce que les étrangers détenus à Guantanamo 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 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 ».

Les lignes précédentes auront indiqué que la seule question de la « répudiation » de la position de l'Administration Bush en ce qui concerne Guantanamo est donc plus complexe qu'on a pu vouloir le croire. Elle n'a eu des effets que partiels. Et elle n'a pas conduit, à ce jour, à instruire les illégalités passées. Ce qu'il manque encore, c'est une contre doctrine de l'ECI qui intègre les dérogations passées. Les effets de cette absence sont considérables.

► La difficile répudiation d'une pratique : l'éventualité d'un effet cliquet

Un an après les spectaculaires *executive orders* de janvier 2009, que reste-t-il de cette rhétorique de la rupture et la récusation emblématique, mais non moins rhétorique, du terme d'ennemi combattant illégal? La situation peine à avancer sur les deux fronts de l'alternative, le jugement des illégalités passées et la définition d'un régime alternatif pour le futur.

Juger d'une doctrine passée

Les derniers mois ont permis de mettre à jour de très nombreuses violations de droits. Tout n'était pas nouveau mais on avait parfois mal utilisé les sources existantes. Début mai 2009, le *New York Times* rappelait qu'il aurait suffi de mieux lire une note de bas de page du mémorandum du 30 mai 2005 pour savoir que Khaled cheikh Mohammed, le cerveau présumé des attentats du 11 septembre, avait subi le supplice de la baignoire (*waterboarding*) à 183 reprises en mars 2003. En tous les cas, les investigations, notamment sénatoriales, se poursuivent.

Que faire pour poursuivre? Déclassifier assurément, comme le propose la troisième *executive order* du président Obama au nom de la « transparence et des valeurs démocratiques ». De nombreux mémorandum ont été déclassifiés en ce qui concerne l'usage de la torture depuis en mars dernier. Éventuellement aussi, instruire. Cette éventualité a pris une tournure nouvelle depuis quelques semaines. En tous les cas, ce n'est pas encore fait. Torture ou autre, ces faits passés ont conduit à des actions en responsabilité de leurs auteurs présumés. Certaines sont réglées comme l'affaire des *rounds up* de la fin 2001, par une décision *Ashcroft v. Iqbal* de la Cour suprême de mai 2009 par la décision, d'autres ne le seront pas, comme dans l'affaire *Rasul v. Myers* précitée dont la Cour suprême a refusé d'accorder le *writ of certiorari* le 14 décembre 2009. Le président Obama a dit qu'il n'appellerait pas à poursuivre les interrogateurs de la CIA qui auraient appliqué à la lettre les procédures alors en vigueur. Bien que la nouvelle administration ait fait une utilisation extensive du « secret défense »¹³⁴, le président Obama a dit ne pas empêcher *a priori* la possibilité de juger les juristes qui auraient conduit à rédiger certains mémos générant des illégalités.

(134) Dans l'affaire *Mohamed v. Jeppesen Dataplan*, n° 08-15693 (n° v. 5 :07-CV-02798-JW), relative à des pratiques de torture au Maroc en 2002 après y avoir été transféré par un vol organisé par la CIA, la nouvelle Administration a confirmé devant la cour d'appel du 9^e 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, Department of Justice, 23 sept. 2009, accessible sur : www.usdoj.gov/opa/pr/2009/September/09-ag-1013.html.

L'affaire *Ashcroft v. Iqbal* précitée doit à cet égard être lue avec attention. La majorité de la Cour y a trouvé que, sans conférer par là une nouvelle forme d'immunité juridique, elle exigeait de la défense qu'elle prouve l'existence d'une action *directe et personnelle* d'Ashcroft et Mueller dans des actions non constitutionnelles alléguées en vue d'obtenir dommages intérêts. Parce que l'affaire concernait l'action du FBI menée aux États-Unis contre des individus qui y vivaient légalement, la décision est faiblement indicative quant à la poursuite de hauts fonctionnaires pour la situation d'un détenu étranger alléguant des actes de torture ou de mauvais traitements dans un site de détention américain hors des États-Unis, notamment Guantanamo. Mais comment la Cour pourrait-elle en ce cas assouplir les standards de preuves par rapport à l'affaire *Iqbal*? Des actions ont été introduites à cet égard en Espagne et en Allemagne. La situation a aussi évolué sur le plan domestique, notamment pour John Yoo. Outre qu'il a été appelé à témoigner devant la Commission judiciaire de la Chambre en 2008, John Yoo a été poursuivi le 4 janvier 2008 par José Padilla (détenu durant quatre années sur une base militaire dont deux en isolement complet) et sa mère pour une prétendue torture durant sa détention qu'il a attribuée aux mémos 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 au nom de ce que « comme tous les fonctionnaires, les juristes au service du gouvernement sont responsables des conséquences prévisibles de leurs conduites »¹³⁵.

La difficile émergence d'un régime alternatif

Plus saisissant que l'incertitude sur l'effet de l'action judiciaire en matière de responsabilité, est la difficulté de l'exécutif à avancer une proposition alternative. Tel est — de prime abord insoupçonné — l'effet cliquet du concept d'ECI.

Qualification d'ECI

Définition. En matière de qualification, à l'exception donc du terme « substantiel », la nouvelle définition (*refining*) proposée le 13 mars 2009 par l'Administration Obama est donc similaire à celle utilisée par l'Administration précédente. L'évolution aurait aussi pu porter sur les preuves nécessaires à cette qualification. Et ce d'autant plus que le président Obama a ordonné dès sa prise de fonction de les déterminer *de novo*, et que le 6 mars 2009 dans l'affaire *Al Odah v. U.S.*¹³⁶, le DC Circuit court a 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 Guantanamo de contester les raisons du gouvernement de maintenir secrètes des informations relatives à la qualification de leurs clients.

Le gouvernement a fait une lecture 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. Dans l'affaire *Habashi v. Bush*¹³⁷, où les avocats du requérant affirmaient que les preuves du gouvernement à l'appui de la détention de l'espèce étaient fondées sur des confessions faites sous torture, le juge Sullivan avait par exemple demandé au gouvernement de révéler aux avocats du requérant tous les documents qui pourraient les aider à contester (comme l'a permis la décision *Boumediene v. Bush*) sa désignation comme ennemi combattant. Mais l'Administration Obama s'y refuse en estimant qu'il existait suffisamment de documents pour contester la détention du requérant sans qu'il y ait besoin de faire référence aux interrogations.

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

(136) *Al Odah v. United States*, n° 05-5117 (DC Cir. 17 mars 2006).

(137) *Habashi v. Bush* (District Court, DC Circuit, docket 05-765).

Détentions indéfinies. Plusieurs affaires montrent que la nouvelle Administration a souhaité durablement maintenir sa préention à pouvoir détenir indéfiniment un individu capturé et détenu aux États-Unis.

Dans l'affaire *Ali Saleh Kahlah Al-Marri*, l'administration Obama a d'abord transféré le plaignant vers un lieu de détention civile de façon moins à le faire juger au pénal dans une cour fédérale que de demander à la Cour suprême d'une part de déclarer un non lieu au nom de ce que la controverse n'existait donc plus, et qu'il y a une présomption de régularité, et d'autre part de ne pas statuer sur la décision de la cour d'appel du quatrième Circuit en matière de pouvoirs présidentiels de détention¹³⁸. La Cour suprême a approuvé le transfert d'Al-Marri mais annulé la décision de la cour d'appel accordant au président l'autorité de détenir indéfiniment des suspects terroristes qui vivent légalement aux États-Unis¹³⁹.

La décision de la cour d'appel du DC Circuit dans l'affaire *Al-Bihani v. Obama* conduira peut-être la Cour suprême à préciser ce point¹⁴⁰. Dans cette décision, la première à appliquer la décision *Boumediene v. Bush* de 2008 (qui a reconnu aux détenus de Guantanamo capturé sur le champ de bataille à l'étranger un droit constitutionnel de contestation de leur statut), 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*, mais seulement par le droit interne¹⁴¹. Dans cette décision qui, sauf à être revue et annulée par une formation en banc de la Cour de Circuit ou par la Cour suprême, formera le cadre des décisions futures dans le DC Circuit, la Cour a utilisé une définition large des pouvoirs de détention de l'administration Bush sur toute personneb « part of or supporting Taliban or Al-Qaida forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners »¹⁴². Il devrait être difficile à l'avenir pour les détenus d'obtenir judiciairement une ordonnance de libération, et plus aisé pour l'Administration de contester celle-ci si elle devait être accordée. Si le principe de la décision de la cour ne fait guère doute¹⁴³, son extension demeure encore incertaine¹⁴⁴.

(138) Al Marri a été inculpé par un grand jury le 26 févr. 2009 de *material support and resources* au réseau terroriste Al-Qaida. L'administration conseille 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 ».

(139) 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 car « cela n'affecterait pas le requérant ni aucun autre individu [...] le jugement de questions importantes et sensibles entourant les détentions militaires ne doit être opéré que si c'est nécessaire, et dans le contexte de questions effectives [*in a context of live case involving concrete circumstances*] ». Sur l'applicabilité des standards du droit international humanitaire, V. la longue analyse de Juge Walton dans *Gherebi v. Obama et al.*, Civil Action n° 4-1164; 05-879 ; 05-883 ; 05-891 ; 05-999 ; 05-1493 ; 05-1697 ; 05-2104 ; 05-2386 ; 06-1675 ; 06-1690 ; 07-1710 ; 08-2019, United States District Courts, 22 avr. 2009. Comp. avec l'interprétation de cette décision par Juge Bates dans *Hamliby v. Obama* (DDC 19 mai 2009).

(140) *Al-Bihani v. Obama* (5 janv. 2010, DC Circuit, docket 09-5051, n° 1:05-cv-01312-RJL).

(141) Les juges n'ont pas accepté de décider des pouvoirs de détention du gouvernement en fonction du standard du *reasonable doubt* mais en fonction du standard, plus facile à satisfaire, de la *preponderance of the evidence*. L'effet est immédiat, V. l'ordonnance du juge *Kessler in Mohammed al-Adahi v. Obama* (Civil Action n° 05-280 [GK]), 5 janv. 2010.

(142) Al-Bihani défendait que le pouvoir de détention s'étendait simplement à ceux qui font partie d'officiel de l'armée ou sur les civils qui auraient commis une action hostile, comme tirer au pistolet durant un combat. N'appartenant à aucune de ces catégories, il prétendait être protégé par le droit de la guerre; ce qu'à réfuter la cour.

(143) Comme le rappelle la Cour : "Requiring highly protective procedures at the tail end of the detention process for detainees like Al-Bihani would have systemic effects on the military's entire approach to war". En l'état, cette décision a force obligatoire sur tous les autres panels du Circuit qui statuant sur la question de la détention et des droits procéduraux à Guantanamo.

(144) Dans son opinion, 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 [...] to explore the outer bounds of what constitutes sufficient support or indica of membership [*for a military or terrorist group*] to meet the detention standard ».

Méthodes d'interrogations. Dès le 22 janvier 2009 dans son *Executive order on US detention practices*, le président Obama a expressément ordonné la fermeture immédiate des lieux de détention de la CIA où des interrogations dites « extensives » avaient été largement constatées, et il a interdit l'utilisation de la torture dans les enquêtes. Il a par ce biais expressément révoqué l'*Executive Order 13440* du 20 juillet 2007 qui limitait l'applicabilité à la CIA de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. L'Administration a constamment réaffirmé son refus de recourir à la torture ¹⁴⁵.

Cette condamnation de principe d'interrogations abusives, notamment de la torture, n'empêche pas néanmoins plusieurs incertitudes en matière d'enquêtes ¹⁴⁶, de déclassification ¹⁴⁷ et de poursuites. ¹⁴⁸ Celles-ci sont apparues récemment dans le contentieux *Rasul v. Myers* précité relatif aux droits constitutionnels des détenus étrangers de Guantanamo « sans propriété ou présence aux États-Unis », et en particulier sur des allégations de torture et abus systématiques, y compris le dénigrement des convictions et pratiques religieuses ¹⁴⁹. À l'occasion de sa première expression devant une cour civile fédérale de sa position sur les plaintes relatives à de supposées tortures faites Guantanamo ¹⁵⁰, l'Administration Obama a exhorté le 12 mars 2009 le tribunal du DC Circuit de se déclarer incompétent, au motif que « les étrangers détenus à Guantanamo n'ont pas de droit de *due process* ». L'Administration a en outre exhorté la Circuit court à confirmer la décision de « qualified immunity » ¹⁵¹, conduisant *ipso facto* à ne pas pouvoir considérer les plaintes pour violation de *due process* ¹⁵². Selon l'Administration, les requérants ne peuvent « avancer la preuve que le droit était si clairement établi qu'un agent raisonnable aurait su que sa conduite » a violé en l'espèce la Constitution ou la loi fédérale. La cour d'appel du DC Circuit a confirmé le non lieu en avril 2009 au nom de ce qu'à l'époque où les détenus étaient à Guantanamo entre 2002 et 2004, il n'était pas « clearly established that torture was illegal. » ¹⁵³. Or le 14 décembre 2009, la Cour suprême a refusé d'accepter le *writ of certiorari* dans cette affaire.

(145) Cet *Executive order* a précisé que « conformément aux exigences du *Federal torture statute*, 18 USC 2340 2340A, de la section 1003 de la *Detainee Treatment Act of 2005*, 42 USC 2000dd, de la Convention contre la torture, et de l'article 3 commun, et d'autres lois régissant le traitement et les interrogatoires de personnes détenues dans tout conflit armé, ces personnes doivent, en toutes circonstances, être traitées avec humanité et ne doivent pas être soumises à de la violence pour leur vie et leur personne (y compris l'assassinat sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels et la torture) ni à des atteintes à leur dignité personnelle (notamment les traitements humiliants et dégradants), chaque fois que ces personnes sont sous la garde ou sous le contrôle effectif d'un officier, d'un employé ou d'un autre agent du gouvernement américain ou détenu dans un établissement détenu, géré ou contrôlé par un ministère ou une agence des États-Unis ».

(146) Le 5 janv. 2009, le président Obama avait affirmé qu'il n'engagerait pas d'enquête contre les violations faites durant l'Administration Bush pour se concentrer sur « getting things right in the future ».

(147) V. le troisième *Executive order*.

(148) Nombreuses ont été les options avancées, depuis le souhait du président du *Senate Judiciary Committee Leahy* de voir une « commission vérité », V. *Time*, 17 févr. 2009 jusqu'à l'initiation de poursuite ou l'extradition de toute personne raisonnablement accusées d'avoir autorisé, ordonné, soutenu ou perpétré des crimes de guerre et/ ou des crimes contre l'humanité, V. par ex. les exigences de l'article 146 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) et l'article 7 § 1 de la Convention contre la torture.

(149) L'affaire *Rasul v. Myers* vise Donald Rumsfeld et dix officiers militaires. Le 11 janv. 2008, la Circuit Court avait décidé que les détenus de Guantanamo n'ont pas de droits constitutionnels, que même s'ils bénéficiaient d'un droit constitutionnel de ne pas être torturé, ce droit n'était pas clair au temps où ils étaient prisonniers (en l'espèce de janv. 2002 à mai 2004 mars) et qu'en toute éventualité les officiers américains jouissaient d'une *qualified immunity*. Le 12 juin 2008, la Cour suprême a établi dans la décision de *Boumediene v. Bush* que les détenus de Guantanamo ont un droit constitutionnel à contester leur détention devant une cour fédérale. En décembre 2008, la Cour suprême a demandé à la Cour de circuit de reconsidérer l'affaire *Rasul* à la lumière de la décision *Boumediene v. Bush*.

(150) Selon les avocats du plaignant, la décision *Boumediene* établit que les détenus ont non seulement le droit de contester leur détention dans une pétition d'*habeas* mais aussi celui de bénéficier du *due process* pour les prisonniers de Guantanamo : « It is difficult to conceive of a right of habeas without a corresponding right to due process ». De même, ils ont argué que le droit à ne pas être torturé était constitutionnel depuis *Brown v. Mississippi* (1936).

(151) 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 ».

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

(153) *Rasul v. Myers*, F.3d, n° 06-5209 (DC Cir. 24 avril 2009).

Jugement par des commissions militaires. Le jour de sa prise de fonction Obama a demandé aux procureurs de Guantanamo un délai de 120 pour poursuivre le cours des procédures devant les commissions militaires¹⁵⁴. Il l'a justifié au nom du souhait de réévaluer le dossier des détenus et de déterminer le forum de jugement approprié. En avril 2009, le président a confirmé qu'il allait continuer à laisser fonctionner les commissions militaires, tout en introduisant des réformes de procédures¹⁵⁵. Dès le 29 juin 2009, l'*Office of Legal Counsel* du ministère de la Justice, à qui revient traditionnellement le dernier mot en matière d'interprétation constitutionnelle, a avancé que les détenus de Guantanamo jugés par les Commissions militaires aux États-Unis, estimés alors à moins de soixante individus, bénéficieraient de protections constitutionnelles, notamment la *due process clause* du cinquième amendement¹⁵⁶. Les modifications introduites ont été précisées dans le *National Defense Authorization Act of 2010*¹⁵⁷.

La loi introduit de réelles améliorations procédurales, avant tout dans le domaine des ressources pour la défense¹⁵⁸ et des preuves. Alors que le *MCA of 2006*, tout en interdisant la torture, acceptait comme preuves des déclarations faites sous contraintes, notamment celles obtenues par des traitements cruels, inhumains ou dégradants employés avant le 30 décembre 2005, la nouvelle loi interdit toute preuve obtenue d'une telle façon. Elle limite aussi l'admissibilité des rumeurs. Les règles sont plus strictes encore pour la défense pour ses déclarations ne pourront être prises en compte que si elles ont été faites de façon volontaire¹⁵⁹. Ce système de preuve s'approche de celles utilisée dans les cours fédérales¹⁶⁰.

Cela étant, la compétence de ces commissions reste extrêmement large. La loi ne qualifie plus conformément aux souhaits de l'Administration le terme d'*unlawful enemy combatant* pour qualifier les individus éligibles à être jugés devant une commission militaire. Le remplacement de ce terme par celui de *unprivileged enemy belligerent* permet de limiter certaines restrictions aux droits fondamentaux en vigueur durant la dernière Administration¹⁶¹, quitte à poser des problèmes réciproques au regard de la clause d'*equal protection* puisque cette loi ne porte que sur les étrangers¹⁶².

Mais cette limitation reste négligeable devant la confirmation de ce que l'Administration, tout comme elle le fait dans le contentieux de Guantanamo, considère que les personnes qui fournissent un soutien (*support*) aux hostilités peuvent être traitées tout comme celles

(154) 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.

(155) Sur ce point, V. le discours du 21 mai du président Obama aux National Archives à propos de la seconde catégorie d'affaires.

(156) V. J. Bravin, *New Rift Opens Over Rights of Detainees*, Wall Street Journal, 29 juin 2009. Sur cette *constitutional due process approach*, V. Le Memorandum de David Barron, acting assistant attorney general, 4 mai 2009.

(157) Dans l'affaire *al Qosi*, il a été décidé le 3 déc. 2009, que la modification de fonctionnement des cours militaires par le *Military Commission Act of 2009* ne permettait pas de modifier l'inculpation, Carol Rosenberg, « Guantánamo judge won't expand Sudanese captive's war crimes case », 4 déc. 2009 et la décision : http://media.miamiherald.com/smedia/2009/12/03/14/qosi-Ruling-P-010-Government_Motion_to_Amend_Charges1.source.prod.affiliate.56.pdf.

(158) La loi dispose qu'il doit y avoir une opportunité *reasonable* d'obtenir des témoins et des preuves, et qu'une telle opportunité doit être « comparable » à celle présente dans les cours fédérales, V. 18 USC § 3005.

(159) V. le titre *Determination of Voluntariness*.

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

(161) 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 Taliban ne sont donc plus nommés spécifiquement, ce qui conduit à distinguer Al-Qaïda des Taliban, 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.

(162) Cette loi ne porte que sur les étrangers.

qui se sont engagées (*engaged*) dans des hostilités¹⁶³. Cette similarité est d'autant plus importante que la notion d'« hostilité » a pour l'heure été entendue de façon très large¹⁶⁴. Sur-tout, cette loi reçoit aussi les plaintes de la classe de personnes dont il est prétendu qu'elles ont commis ces crimes alors qu'elles n'avaient pas dix-huit ans¹⁶⁵.

Guantanamo. Le président Obama avait indiqué en janvier 2009 vouloir fermer le camp de Guantanamo sous douze mois¹⁶⁶. La question s'était posée en novembre 2008 dans le cadre d'une procédure d'appel du gouvernement américain devant le DC Circuit Court du sort des personnes que le gouvernement ne considère plus comme ennemi combattant, n'a pas l'intention d'inculper mais ne peut renvoyer dans un lieu où il ne subirait pas de persécution. Dans les affaires *Kiyemba v. Bush*¹⁶⁷, qui permettent de préciser le pouvoir des juges fédéraux à réguler le transfert des détenus ex-ennemis combattants, l'Administration Obama avait 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 Guantanamo¹⁶⁸.

Il est apparu dès le discours du président Obama aux *National Archives* (mai 2009) que l'Administration entendait moins fermer Guantanamo, que localiser cette commodité de détention ailleurs (à Thomson dans l'Illinois)¹⁶⁹, étant entendu que l'Administration d'une part maintient sa prétention que le président peut détenir des prisonniers indéfiniment en détention militaire sans les inculper en lieu, et d'autre part entend le terme de guerre de façon large. Fin janvier 2010, l'Administration Obama laisse entendre qu'une cinquantaine de personnes devraient rester en détention indéfinie à Guantanamo et le centre ne devrait pas être fermé avant 2013.

Cette situation est naturellement préjudiciable aux détenus yéménites, qui forment plus de la moitié des détenus de Guantanamo. La tentative d'attentat de décembre 2009 par le nigérian Umar Farouk Abdulmutallab, dont il est apparu qu'il avait passé du temps au Yémen,

(163) Bien que l'Administration Obama ait adopté une approche moins agressive en matière de « support » que l'administration Bush (il doit être *substantial*), il adopte une stratégie similaire dans cette loi : dans les deux cas, la question est de savoir si une personne a « purposefully and materially supported hostilities against the United States ». Plusieurs juges, comme Judge Bates, Judge Lamberth et Judge Kollar-Kotelly, ont pourtant décidé que le seul « soutien » n'est pas fonctionnellement équivalent à la « participation à des hostilités ».

(164) 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 Guantanamo ont été inculpés devant les commissions militaires pour des actes remontant à 1996.

(165) L'Administration Obama a déjà instruit deux affaires devant les commissions militaires contre des accusés mineurs au moment des prétendus crimes.

(166) Sur les problèmes qui se posent alors, V. les suggestions du conseiller influent Ken Gude, *How to close Guantanamo*, Center for American Progress, 23 juin 2008, p. 12 s.

(167) *Kiyemba v. Bush* (Circuit docket, 08-5424). Cette affaire *Kiyemba* diffère d'une affaire du Circuit Court, avec le même nom et impliquant en particulier le mêmes détenus (Circuit docket, 05-5487) : elle porte sur l'autorité des juges à limiter les pouvoirs du gouvernement à transférer les détenus de Guantanamo.

(168) La décision de cette affaire a largement tourné autour de la décision *Shaughnessy v. Mezei*, 345 US 206 (1953) selon laquelle le droit d'un étranger de pénétrer aux États-Unis « depends on the congressional will, and courts cannot substitute their judgment for the legislative mandate ». Selon la Cour « courts have long recognized the power to expel or exclude aliens as a fundamental sovereign attribute exercised by the Government's political departments largely immune from judicial control ». Le 9 mars 2009, à l'occasion d'un nouveau *filing* 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 Guantanamo de façon à n'être plus qualifiés d'« ennemi combattant ». Le ministère de la Justice a demandé au juge Reggie B. Walton (US District Court, DC Circuit) de ne pas l'accepter : « The Court should not force [government lawyers] to litigate the merits of these cases that may soon become moot as to the ultimate relief sought, i.e., release ».

(169) V. les propos du président sur la cinquième catégorie de détenus à l'occasion de ce transfert, savoir ceux « who cannot be prosecuted yet who pose a clear danger to the American people », Speech at the National Archives, 21 mai 2009.

a renforcé la résistance des Administrations Bush puis Obama, conforté sur ce point précis par des organisations comme *Human Rights Watch*, à autoriser les retours au Yémen, surtout s'ils ne peuvent être intégrés. Celles-ci ont été suspendues ¹⁷⁰.

Bagram. Talibans ¹⁷¹. De nombreux anciens détenus ont témoigné des tortures et de mauvais traitements. Lorsque la Cour suprême américaine a confirmé en 2004 le droit d'introduire une pétition d'*habeas Corpus* à un prisonnier de Guantanamo, le nombre de détentions sur Cuba s'est stabilisé... tandis qu'a décuplé celui du camp militaire de Bagram, situé à 60 km au nord de Kaboul. La prison en compte aujourd'hui près de 600, soit trois fois plus qu'à Guantanamo, dont 30 ne sont pas afghans et dont on connaît l'identité seulement depuis le 10 janvier 2010 ¹⁷². L'administration Bush a justifié cette absence de toute garantie juridique par le fait que l'Afghanistan — contrairement à la base de Guantanamo (Cuba) — est une « zone de guerre ». Si le président Obama n'a pas transformé la situation à Guantanamo, il a en revanche durci celle de Bagram en conduisant les cours à retirer le flou qui pouvait encore subsister sur la légalité des prétentions présidentielles en matière de droits des détenus ¹⁷³.

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 ¹⁷⁴. Il est possible que certains soient soumis rapidement au système pénal afghan.

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 avoir de contester leur détention devant une cour fédérale américaine.

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, le 1^{er} avril 2009, un juge de district Court du DC Circuit a accordé une requête d'*habeas corpus* déposée par le détenu yéménite à Guantanamo Bay Muhammed Yasin Basardh, et ordonné sa libération ¹⁷⁵. Les justifications données à la libération de Basardh ont été maintenues classées. Le gouvernement américain a ordonné de « prendre toutes les mesures nécessaires et les démarches diplomatiques appropriées en vue de faciliter la libération immédiate du pétitionnaire Basardh ».

Le 2 avril 2009, le juge John Bates de district Court du DC Circuit a statué sur la question de savoir si les détenus afghans, Fadi Al Maqaleh, Amin Al Bakri, Redha Al Najar et Haji Wazir, peuvent invoquer la *Suspension clause* de la Constitution ¹⁷⁶. Utilisant en l'espèce le

(170) Fin décembre, le Sénateur, président de la Comité sénatorial sur le renseignement a préconisé d'arrêter les transferts au Yémen, V. Susan Crabtree, Feinstein : Halt transfers to Yemen, The Hill, 21 déc. 2009.

(171) Administré par les Américains, le camp était, jusqu'en 2004, un centre de transit entre le centre de détention de Kandahar, dans le sud de l'Afghanistan et d'autres destinations, en particulier Guantanamo. Il comporte de la place pour 1140 personnes, mais sa population ne devrait pas augmenter. Plus de 15000 personnes sont détenues dans le système afghan. La nouvelle base de Parwan sera gardée par les Afghans.

(172) Une liste des noms des prisonniers détenus à Bagram a été publiée par le Department of Defense le 15 janv. 2010 à la suite d'une action introduite en vertu du *Freedom of Information Act*, en particulier le USC 552(b)(1)-(2).

(173) En mai 2006, le *New York Times* avait publié une enquête révélant comment deux détenus — identifiés comme Dilawar et Habibullah — étaient décédés fin 2002, des suites de mauvais traitements.

(174) A. J. Rubin, US Readies New Facility for Afghan Detainees, The New York Times, 16 nov. 2009.

(175) V. l'affaire *Basardh v. Bush* (DDC 31 mars 2009).

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

facteur multi-test (relativement à la clause de suspension) mis au point par la Cour suprême des États-Unis dans *Boumediene v. Bush* ¹⁷⁷, le juge a décidé que trois détenus de la base aérienne de Bagram peuvent contester leur détention par voie d'*habeas corpus* : les détenus de Bagram, qui ne sont pas des citoyens afghans et qui ont été capturés hors d'Afghanistan ont un droit constitutionnel, en vertu de la décision Boumediene, à contester leur détention s'ils ont été détenus durant plusieurs années sans être inculpés ¹⁷⁸. Dans ses arguments dans l'affaire *Al-Maqaleh*, l'Administration a lié l'absence de droit, et la non-applicabilité de la décision Boumediene, au fait que l'affaire porte sur des personnes détenues dans une *active war zone* loin des États-Unis, et parfois même objet d'attaques armées. C'est tenter de préserver pour l'armée américaine le pouvoir de détenir des suspects partout sur la planète sans contrôle par des cours civiles américaines ¹⁷⁹.

Un an après le changement d'administration, Daniel Fried, envoyé spécial du président américain pour la fermeture de Guantanamo, a annoncé que le centre de détention américain de Guantanamo ne fermerait probablement pas avant la fin du mandat du président Barack Obama en 2013 ¹⁸⁰. Une cinquantaine de détenus se trouvent dans une situation de flou juridique ¹⁸¹. Plusieurs traits, parmi les plus fondamentaux du régime de l'ECI restent donc en vigueur. Telle est la spécificité du concept d'ennemi combattant illégal : l'effet cliquet qu'il instaure. On y verra 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. On peut y voir aussi, à un autre niveau, l'illustration de cette idée d'André Maurois que « la plupart de nos douleurs morales viennent de ce que nous avons des mots pour les décrire », en l'espèce « l'ennemi combattant illégal ».

(177) Selon la Cour : « Based on those conclusions driven by application of the Boumediene test, the Court concludes that the Suspension Clause extends to, and hence habeas corpus review is available to, three of the four petitioners. As to the fourth, his Afghan citizenship — given the unique “practical obstacles” in the form of friction with the “host” country — is enough to tip the balance of the Boumediene factors against his claim to habeas corpus review. When a Bagram detainee has either been apprehended in Afghanistan or is a citizen of that country, the balance of factors may change. Although it may seem odd that different conclusions can be reached for different detainees at Bagram, in this Court's view that is the predictable outcome of the functional, multifactor, detainee-by-detainee test the Supreme Court has mandated in Boumediene ».

(178) 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 le Haji Pacha Wazir, citoyen Afghan détenu à Bagram sans y être inculpé depuis 2002 (Circuit docket 09-5303). Cet appel est pendant tant que n'est pas décidée l'affaire *Al-Maqaleh*.

(179) La décision *Al-Bihani v. Obama* (Circuit docket 09-5051) de janv. 2010 établit un précédent à cet égard : elle décide notamment qu'en temps de guerre, les détenus de Bagram de longue durée, qui ne sont pas des combattants, ne sauraient invoquer le droit international.

(180) Le 15 déc. 2009, le président Obama avait signé une *executive order* pour faire préparer le Thomson Correctional Center (Thomson, Illinois) pour accueillir ces détenus. Presidential Memorandum — Closure of Detention Facilities at the Guantanamo Bay Naval Base, 15 déc. 2009, accessible à <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/presidential-memorandum-closure-detention-facilities-guantanamo-bay-naval-base>.

(181) Le centre accueillait 240 détenus en janv. 2009, et fin janv. 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.