



Contre-jour

Sécurité et libertés aux États-Unis dans l'après-11 septembre : un état des lieux

par Daniel Sabbagh

Comme toute situation de « crise » reconnue comme telle, les événements du 11 septembre ont entraîné un élargissement du répertoire d'options légitimes des pouvoirs publics. Au plan interne, celui-ci s'est traduit par la mise en place d'un dispositif sécuritaire impressionnant, quoique non dépourvu d'antécédents historiques : rappelons, par exemple, l'expulsion vers l'Union soviétique de plusieurs centaines d'immigrés russes soupçonnés de sympathies bolcheviques par l'*Attorney General* A. Mitchell Palmer, en guise de représailles à la suite de la vague d'attentats survenus sur le territoire américain en 1919 ; ou encore le décret présidentiel autorisant l'internement dans des camps de concentration des Japonais et des citoyens américains d'origine japonaise résidant dans les États de la Côte ouest pendant la Seconde Guerre mondiale (décret avalisé par la Cour suprême dans l'arrêt *Korematsu v. United States*¹). Bien qu'elles n'aient pas produit d'effets aussi spectaculaires, les innovations juridiques actuelles n'en méritent pas moins un examen critique², examen que l'on ébauchera ici en considérant tout d'abord le *Patriot Act* et ses conséquences, puis les autres dispositions mises en œuvre à l'initiative de l'exécutif ainsi que les difficultés qu'elles soulèvent au regard notamment de l'équilibre des pouvoirs caractéristique de l'ordre constitutionnel américain³.

Le *Patriot Act* et ses conséquences

À peine un mois et demi après les attentats, le 26 octobre 2001, le *USA Patriot Act* (« *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* ») était promulgué par le président Bush, après avoir été voté par le Congrès à une très large majorité (seulement 66 voix contre à la Chambre des représentants et une seule au Sénat, celle du démocrate du Wisconsin Russ Feingold). Ce texte de 342 pages reprend, en les radicalisant, certains éléments

déjà inclus dans le *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996 adopté en réaction au premier attentat dirigé contre le World Trade Center trois ans plus tôt. Il définit comme « terroriste » tout groupe ayant recouru ou menacé de recourir à la violence pour atteindre ses objectifs, et réprime toute forme de « soutien matériel » apporté à une organisation ainsi désignée par le Département d'État (désignation elle-même non susceptible d'être remise en cause par l'accusé dans le cadre de la procédure judiciaire le concernant et qui peut se fonder sur des éléments relevant du « secret-défense »). En outre, il autorise pour la première fois l'expulsion des ressortissants étrangers tombant sous le coup de la disposition précédente, même dans le cas où leur « soutien » aurait été exclusivement destiné à des activités en elles-mêmes parfaitement légales (politiques ou caritatives, par exemple)⁴.

Parallèlement, la loi étend les pouvoirs du procureur général en lui donnant la possibilité, en pratique, de placer en détention, pour une durée potentiellement illimitée, les étrangers qui, selon lui, pourraient être « raisonnablement » soupçonnés d'avoir apporté leur concours à une organisation « terroriste » – et ce sans qu'il soit nécessaire d'engager une procédure judiciaire pour s'assurer du bien-fondé de ce soupçon⁵. À ce jour, plus de 1 200 personnes seraient encore détenues dans ces conditions, parmi lesquelles – aux dires mêmes des autorités américaines – seule une dizaine appartiendraient effectivement à Al-Qaïda⁶. Qui plus est, en vertu d'une directive d'application adoptée par le ministère de la Justice en octobre 2001, ces étrangers pourront être maintenus en détention par l'Immigration and Naturalization Service (INS) quand bien même l'ordre d'expulsion les concernant aurait finalement été annulé ; ce qui marque une rupture décisive par rapport à la situation antérieure, dans laquelle la détention n'était autorisée qu'en vue de garantir l'effectivité des déportations à venir. Enfin, ces détentions sont d'autant plus problématiques que les garanties procédurales prévues par le cinquième amendement (*due process clause*)⁷ s'appliquent, en principe, à l'ensemble des *personnes* soumises à la juridiction des États-Unis, c'est-à-dire non seulement aux citoyens, mais aussi aux résidents légaux et aux étrangers en situation irrégulière, comme la Cour suprême l'a confirmé à plusieurs reprises⁸.

Last but not least, le *Patriot Act* restreint de fait la portée de l'*habeas corpus* (droit inscrit dans le quatrième amendement)⁹. Il élargit ainsi le domaine de compétence du tribunal fédéral institué en 1978 pour examiner à huis clos les demandes d'autorisation de perquisition et de mise sur écoute qui lui sont adressées par le ministère de la Justice lors d'opérations de contre-espionnage, tribunal qui, lui, peut délivrer les mandats nécessaires dans des conditions moins contraignantes que celles prévues par le texte constitutionnel. Cette procédure alternative, qui ne requiert pas l'existence d'indices aussi tangibles de l'implication de la personne visée dans une entreprise criminelle, est désormais accessible à la seule condition que la collecte de renseignements relatifs aux activités d'une puissance étrangère sur le

territoire américain constitue un « objectif substantiel » (*a significant purpose*) de l'action envisagée – et non plus nécessairement l'« objectif principal »¹⁰. Ainsi la protection contre les atteintes à la vie privée qui, en l'absence de tels indices, est garantie aux individus par le quatrième amendement pourra-t-elle être aisément circonvenue, dès lors que les autorités prendraient la précaution de se référer à l'« objectif » susvisé. Si l'on ajoute que, à l'initiative du ministère de la Justice, les informations obtenues dans le cadre de ces opérations multi-fonctionnelles devront être régulièrement transmises aux procureurs chargés d'instruire des dossiers relevant de la simple lutte contre la criminalité – au mépris de la distinction habituellement établie entre le domaine du renseignement et celui de l'activité policière « classique » –, on mesure à quel point le 11 septembre, pour John Ashcroft et ses partisans au sein du Parti républicain, a pu aussi apparaître comme une opportunité providentielle pour la mise en œuvre d'un agenda préexistant¹¹.

Les initiatives de l'exécutif : vers une remise en cause de l'équilibre des pouvoirs ?

Au-delà du *Patriot Act* et de son application, la mesure la plus spectaculaire est certainement le décret présidentiel du 13 novembre 2001 qui prévoit l'institution de tribunaux militaires habilités à juger l'ensemble des ressortissants étrangers accusés de « terrorisme », ainsi que les membres présumés d'Al-Qaïda capturés hors du territoire américain. Ces tribunaux sont susceptibles d'être convoqués à la discrétion du chef de l'État, sans que la décision d'y recourir fasse l'objet d'un contrôle juridictionnel. Siégeant à huis clos et soumis à des règles de fonctionnement moins rigides que celles en vigueur dans le reste de l'appareil judiciaire¹², ils rendraient alors un verdict que seul le président – ou, par délégation, le ministre de la Défense – serait en mesure de réviser. Certes, cette initiative est juridiquement problématique, dans la mesure où la Cour suprême, dans un arrêt de 1886 (*Ex Parte Milligan*), semblait bien avoir établi que, à l'exception des membres du personnel militaire, tout accusé relèverait exclusivement des juridictions civiles (pourvu que le fonctionnement de celles-ci ne soit pas lui-même interrompu)¹³. Elle peut néanmoins s'appuyer sur une décision ultérieure (*Ex Parte Quirin*) dans laquelle la Cour avait avalisé le jugement par un tribunal militaire, et l'exécution subséquente, d'espions allemands chargés par les autorités du Troisième Reich d'entreprendre des opérations de sabotage sur le territoire américain, en arguant que ces derniers n'étaient à proprement parler ni des « civils » – auxquels la jurisprudence Milligan aurait dû s'appliquer – ni des « soldats » – alors protégés par la Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative aux « prisonniers de guerre » –, mais des « combattants hors-la-loi » (*unlawful combatants*), catégorie justiciable d'un traitement spécifique¹⁴. Ressuscité pour l'occasion par l'administration Bush, ce qualificatif a été appliqué aux « terroristes » présumés pour justifier leur jugement potentiel par des tribunaux

militaires (alors même que ces derniers, à la différence du cas examiné dans l'arrêt Quirin, n'auraient pas été institués à la suite d'une autorisation du Congrès, ni surtout dans le but spécifique de juger *un nombre limité d'individus nommément désignés* – en l'espèce, les huit saboteurs en question – dont la culpabilité ne ferait aucun doute¹⁵). Au plan du droit international, il est vrai, les membres d'Al-Qaïda ne satisfont pas aux conditions d'obtention du statut de « prisonnier de guerre » définies par l'article 4 de la Troisième Convention de Genève du 12 août 1949 et ratifiées par les États-Unis en juillet 1955¹⁶. Ils ne peuvent donc prétendre bénéficier des protections qui lui sont associées.

Demeure néanmoins problématique – pour user d'un euphémisme – l'extension *discrétaire*, par l'exécutif, du statut de « combattant hors-la-loi » à des citoyens américains tels José Padilla et Yaser Hamdi, avec pour conséquence non seulement leur traduction éventuelle devant un tribunal militaire, mais aussi, et surtout, leur détention *préventive* pour les besoins de l'enquête, sans qu'ils aient la possibilité de s'entretenir avec un avocat et sans qu'aucune procédure judiciaire en bonne et due forme ne soit même engagée à leur encontre. À en juger d'après les positions adoptées par l'actuel président de la Cour suprême, William Rehnquist, dans son ouvrage *Al the Laws but One*¹⁷ (qui plaide pour une large déférence du pouvoir judiciaire à l'égard de l'exécutif en temps de guerre), et d'après certaines remarques incidentes formulées dans l'arrêt *Zadvydas v. Davis*¹⁸, il paraît peu probable que la Cour prenne la responsabilité d'invalider une telle pratique. Celle-ci constitue pourtant une violation caractérisée des droits reconnus aux individus par le *Bill of Rights*¹⁹, violation dont le caractère temporaire n'est nullement garanti – dès lors que la situation spécifique censée la justifier (celle de la « guerre contre le terrorisme ») est définie de manière que l'on ne puisse jamais conclure à sa disparition éventuelle. Dans la mesure où cette détention équivaut objectivement à une suspension de l'*habeas corpus*, l'exécutif empiète également sur les prérogatives du législateur, qui est seul habilité à prendre une telle décision, afin de préserver l'ordre public « en cas de rébellion ou d'invasion »²⁰. Or, le Congrès, on le sait, s'est abstenu d'agir en ce sens.

Par ailleurs, au regard du droit international, la position du gouvernement est également des plus fragiles, puisque l'article 5 de la Troisième Convention de Genève déjà évoquée indique on ne peut plus clairement que, en cas de doute, c'est *à un tribunal* qu'il revient de déterminer si un individu présente ou non les caractéristiques constitutives d'un « prisonnier de guerre », et que ledit individu doit être protégé en tant que tel jusqu'au prononcé du jugement. On comprend dès lors que l'administration Bush, afin de se soustraire plus sûrement à tout contrôle juridictionnel sur le bien-fondé de sa désignation de tel ou tel accusé comme « combattant hors-la-loi », ait fait le choix de maintenir la plupart des détenus dans la zone de non-droit que constitue la baie de Guantanamo : ce territoire, bien qu'entiè-

rement contrôlé par les États-Unis, échappe formellement à leur « juridiction », car il demeure officiellement sous souveraineté cubaine. En effet, c'est là le seul moyen pour l'exécutif de se débarrasser des entraves que représentent, de son point de vue, les garanties constitutionnelles, lesquelles s'appliquent à l'ensemble des personnes « soumises à la juridiction » des États-Unis – mais à elles seules²¹.

La pluralité et l'incohérence apparente des stratégies procédurales adoptées par le ministère de la Justice à l'égard des terroristes présumés est également préoccupante. En effet, comment expliquer que John Walker Lindh, le premier « Taliban américain » appréhendé sur le théâtre d'opérations afghan, ait été déféré devant un tribunal civil, tandis que Yaser Hamdi, autre citoyen américain engagé dans le camp ennemi également capturé en Afghanistan, ait, lui, été considéré comme un « combattant hors-la-loi » et maintenu en détention sans aucune forme de procès, créant ainsi l'apparence d'une discrimination à l'encontre d'un citoyen d'origine arabe ? Dès lors que sont manifestement écartés les différents principes décisionnels uniformément applicables – du type « jugeons les citoyens américains et maintenons les autres en détention sans les faire passer en jugement », ou « maintenons simplement en détention tous les terroristes présumés, sans distinction de nationalité » –, on ne peut s'empêcher de subodorer que les choix ponctuels finalement opérés par l'administration dans les différents cas évoqués dépendent en partie de la solidité des chefs d'accusation. Avec ce paradoxe que seuls les individus sur lesquels pèseraient les charges les plus accablantes et dont la condamnation apparaîtrait comme pratiquement acquise (Lindh, Zacarias Moussaoui) se verraient offrir le degré de protection maximal que confèrent les règles habituelles de procédure pénale (présomption d'innocence, assistance d'un avocat, etc.), tandis que ceux dont la culpabilité s'avérerait moins facile à établir seraient voués à croupir dans les geôles de Guantanamo pour une durée indéterminée.

Or, quand bien même on souscrirait à l'affirmation, éminemment discutable, du ministre de la Justice selon laquelle « les terroristes étrangers qui commettent des crimes de guerre contre les États-Unis [...] ne mérite[raient] pas de bénéficier de [ces garanties procédurales inscrites dans] la Constitution américaine »²², il convient de déterminer si les personnes soupçonnées de terrorisme *sont ou non des terroristes*. C'est, entre autres, du point de vue de la réussite de ce processus d'élucidation que les garanties procédurales ici évoquées jouent un rôle essentiel. Comme le souligne Ronald Dworkin, « il est absurde de dire que les gens accusés de crime grave ont, pour cette raison même, droit à moins de protection. S'ils sont innocents, l'injustice consistant à les condamner et à les punir est au moins aussi grande que celle qui consiste à condamner d'autres innocents pour un crime moins grave »²³. Le principe d'équité n'autorise pas à faire varier le degré de protection accordé aux individus suivant le caractère plus ou moins néfaste du méfait dont ils sont accusés.

En définitive, s'il est certainement *raisonnable* de reconsidérer la validité de

l'adage selon lequel il est préférable de laisser cent coupables en liberté plutôt que de condamner un innocent lorsque les coupables en question sont des terroristes déterminés à massacrer le plus grand nombre possible de civils et susceptibles d'avoir accès à des armes de destruction massive – comme le suggère le constitutionnaliste Laurence Tribe²⁴ –, le fait de modifier la procédure pénale en conséquence ne peut se justifier que dans le cadre d'un calcul *utilitariste* portant sur la définition de l'équilibre optimal entre sécurité et libertés dans un contexte de vulnérabilité accrue, calcul effectué du point de vue de la société dans son ensemble. Or, contrairement à ce que suggère la grille d'analyse centrée sur une hypothétique comparaison entre des coûts et des avantages *collectifs*, les différentes composantes de la collectivité considérée ne sont pas pareillement situées au regard des réformes en cours. C'est nécessairement sur la communauté des résidents d'origine arabe et/ou de confession musulmane que sera concentré le coût des mesures qui contribueront éventuellement à renforcer la sécurité « nationale », lequel coût risque alors d'apparaître comme d'autant plus aisément acceptable à la « majorité » définie par différenciation d'avec ce groupe stigmatisé. La détermination de l'« équilibre » évoqué plus haut n'est donc pas indépendante de la structuration ethnoreligieuse de la population américaine, loin s'en faut. ■

Daniel Sabbagh est chercheur au CERI. Il a récemment publié *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003.

E-mail : sabbagh@ceri-sciences-po.org

1. *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944). Pour plus de détails, voir G. Robinson, *By Order of the President : FDR and the Internment of Japanese Americans*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2001.

2. Celui-ci est d'autant plus nécessaire que certains juristes américains parmi les plus renommés n'ont pas hésité à cautionner par avance les formes les plus extrêmes de rupture avec les principes de l'État de droit ; ainsi, Alan Dershowitz, professeur à la Harvard Law School et avocat réputé pour ses prises de position « progressistes », en vient à justifier explicitement l'usage de la torture pour les terroristes présumés lorsque les circonstances l'exigeraient. Voir A. Dershowitz, *Why Terrorism Works : Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002.

3. Sur les pratiques qui relèvent plus spécifiquement du « profilage ethno-racial » (*racial/ethnic profiling*) – comme la convocation de quelque 8 000 ressortissants étrangers originaires du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord par l'Immigration and Naturalization Service (INS) à partir du mois de novembre 2001 –, nous nous permettons de renvoyer à D. Sabbagh, « Vers une relégitimation du “profilage ethno-racial” ? », *Critique internationale*, n° 14, janvier 2002, pp. 33-38 ; voir aussi S. Ashar, « Immigration enforcement and subordination : the consequences of racial profiling after September 11 », *Connecticut Law Review*, n° 34, 2002, pp. 1185-1199, S. Akram et K. Johnson, « Race, civil rights, and immigration law : after September 11, 2001 : the targeting of Arabs and Muslims », *New York University Annual Survey of American Law*, n° 58, 2002, pp. 295-355, ainsi que M.-E. Léveillé, *Le profilage ethno-racial aux États-Unis : analyse juridique et historique avant et après le 11 septembre 2001*, mémoire de l'Institut d'études politiques de Paris, février 2003.

4. Pub. L. no 107-56, section 411. Une directive ultérieure du gouvernement Bush exige également que toutes les audiences préalables à la déportation éventuelle d'étrangers interpellés dans le cadre de l'enquête relative aux attentats du 11 septembre se tiennent à huis clos, et ce alors même que les personnes en question ne sont que des témoins potentiels, manifestement non soupçonnés d'avoir participé à ces attentats (dans le cas contraire, on imagine mal que les autorités américaines envisagent de les déporter). Les cours d'appel fédérales des troisième et sixième circuits ayant rendu des jugements contradictoires quant à la constitutionnalité de cette directive, au regard d'un « droit à l'information » des citoyens éventuellement dérivable du premier amendement, la Cour suprême devrait être appelée à statuer sur cette question dans les mois qui viennent.

Notons enfin que, si le premier amendement protège la liberté des individus de s'associer à une organisation qui se rendrait coupable de pratiques illégales pourvu que la personne considérée n'ait pas pris part à ces pratiques elles-mêmes (*Keyishian v. Board of Regents*, 385 US 589 [1967], pp. 606-607 ; *Healy v. James*, 408 US 169 [1972], p. 187), il est en revanche établi que les étrangers ne sauraient se prévaloir de cette « protection » pour contester la validité juridique de leur expulsion dans l'hypothèse où celle-ci se fonderait sur l'association susvisée. Voir *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee*, 525 US 471 (1998).

5. United States Congress, *USA Patriot Act 2001*, section 412.

6. Voir D. Cole et J. Dempsey, *Terrorism and the Constitution : Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New York, New Press, 2002, p. 149.

7. « [...] Nul ne sera privé de vie, de liberté ou de propriété si ce n'est au terme d'une procédure légale en bonne et due forme (*without due process of law*). »

8. *Zadvydas v. Davis*, 533 US 678 (2001) ; *Plyler v. Doe*, 457 US 202 (1982) ; *Matthews v. Diaz*, 426 US 67 (1976), p. 77.

9. « Le droit des individus d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies déraisonnables ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible (*probable cause*), soutenu par serment ou déclaration solennelle, ni sans qu'y soient décrits avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir. » (Nous reprenons ici la traduction qui figure dans E. Zoller [dir.], *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 1308.) Les preuves obtenues en violation de cette disposition constitutionnelle sont irrecevables dans le cadre d'une procédure judiciaire : voir *Weeks v. United States*, 232 US 383 (1914) ; *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961).

10. United States Congress, *USA Patriot Act 2001*, section 218.

11. Dans le même ordre d'idées, le 31 octobre 2001, le ministère de la Justice a également annoncé que des entorses au principe de la confidentialité des communications entre les détenus et leurs avocats pourraient être opérées en cas de « risque substantiel » que ces communications contribuent à faciliter indirectement la préparation d'actes terroristes. Cette règle s'applique à l'ensemble des personnes appréhendées dans le cadre de l'enquête relative aux attentats du 11 septembre, y compris les simples « témoins matériels » (*material witnesses*).

12. Pour ne prendre qu'un exemple, d'après les nouveaux règlements rendus publics le 21 mars 2002, la culpabilité de l'accusé et la peine encourue pourraient être déterminées à la majorité des deux tiers – à l'exception de la peine de mort, pour laquelle l'unanimité continuerait d'être requise : sur ce dernier point, le gouvernement a fait machine arrière, devant les protestations suscitées par son projet initial. Du reste, comme le souligne le juriste américain Ronald Dworkin, « si [le gouvernement] choisit de juger [les accusés] dans des conditions augmentant le risque de condamner un innocent [...] alors il semble irresponsable de requérir la peine de mort, parce qu'elle n'est pas nécessaire à la sécurité et qu'elle accroît l'horreur d'une condamnation injuste. Nous pouvons avoir à incarcérer des terroristes présumés dans le but de prévenir un grand danger ; mais nous n'avons pas besoin de les tuer ». (R. Dworkin, « George Bush : une menace pour le patriotisme américain », *Esprit*, n° 285, juin 2002, p. 20 ; ce texte est la traduction de deux articles publiés par l'auteur dans la *New York Review of Books* les 28 février et 25 avril 2002.)

13. *Ex Parte Milligan*, 71 US 2 (1866).

14. *Ex Parte Quirin*, 317 US 1 (1942).

15. Voir J. Goldsmith et C. Sunstein, « Military tribunals and legal culture : what a difference sixty years make », à consulter sur le site <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> (*Public Law and Legal Theory Working Paper* n° 27), p. 14.

16. Parmi ces conditions figurent en effet l'obligation, pour les membres des forces armées « irrégulières », d'« arborer un signe distinctif inamovible et reconnaissable à distance », de « porter les armes ouvertement » et de « conduire leurs opérations conformément aux lois et coutumes de la guerre » – lesquelles sont supposées exclure le ciblage des populations civiles. Pour plus de détails, voir A. Neier, « The military tribunals on trial », *New York Review of Books*, 14 février 2002, pp. 11-15.

17. W. Rehnquist, *All the Laws but One : Civil Liberties in Wartime*, New York, Knopf, 1998.

18. *Zadvydas v. Davis*, 533 US 678 (2001).

19. On appelle ainsi les dix premiers amendements à la Constitution de 1787, qui furent adoptés en bloc quatre ans plus tard. Voir A. Amar, *The Bill of Rights : Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998.

20. Article I, section 9 (2), de la Constitution américaine.

21. Voir *Johnson v. Eisentrager*, 339 US 763 (1950), arrêt dans lequel la Cour suprême confirme que les ressortissants d'un État en conflit avec les États-Unis qui seraient détenus hors du territoire américain ne peuvent pas saisir les tribunaux fédéraux.

22. Déclaration de John Ashcroft, citée dans D. Cole, « National Security State », à consulter sur le site <http://www.thenation.com/doc.mhtml>

23. R. Dworkin, « George Bush : une menace pour le patriotisme américain », art. cité, p. 18 (souligné par nous).

24. L. Tribe, « Trial by fury », *The New Republic*, 10 décembre 2001.