

Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme

Réflexions à partir des arrêts “ *Hamdi v. Rumsfeld* ”, “ *Rasul v. Bush* ” et “ *Rumsfeld v. Padilla* ”, rendus par la Cour suprême américaine le 28 juin 2004, en comparaison avec l’arrêt “ *A and others v. Secretary of State for the Home Department* ”, rendu par la Chambre des Lords britannique le 16 décembre 2004

Lors des circonstances exceptionnelles, dues notamment à la menace terroriste, les démocraties libérales sont confrontées à un défi : trouver le juste équilibre entre, d’une part, la nécessité de se prémunir contre les risques terroristes et, d’autre part, l’exigence de respecter les droits et libertés fondamentaux, même ceux des terroristes présumés.

Il s’agit bien d’un dilemme propre aux démocraties : il n’a de sens que dans les États démocratiques régis par le Droit. Par contre, un tel dilemme est par définition un non-sens dans le cas des régimes autoritaires².

Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, le dilemme des démocraties apparaît exacerbé. Parmi les mesures d’urgence qui ont été adoptées en réponse aux attentats du 11 septembre 2001, le pouvoir de l’exécutif de placer en détention indéterminée les suspects, en dehors de toute procédure pénale, constitue l’ingérence la plus grave de la liberté individuelle. Qu’il soit fondé sur une base légale explicite comme au Royaume-Uni depuis 2001³ ou revendiqué en tant que corollaire des prérogatives de l’Exécutif en temps de guerre⁴, le pouvoir de détention montre la vulnérabilité de la liberté individuelle en période de crise. D’où la

¹ Docteur en droit, Université Paul Cézanne - Aix -Marseille III

² BINGHAM, T. Personal Freedom and the Dilemma of Democracies. *International and Comparative Law Quarterly [dorénavant ICLQ]*, 2003, vol. 52, p. 842.

³ La IV^e Partie de la loi antiterroriste, l’*Antiterrorism, Crime and Security Act* de 2001, a spécifiquement accordé au Ministre britannique de l’Intérieur un pouvoir de placer en détention les étrangers qu’il soupçonne d’activités terroristes ou de sympathie avec des groupes terroristes, et cela malgré l’absence de toute mise en examen des personnes suspectées et de toute procédure d’expulsion ou d’extradition à leur encontre. L’adoption des dispositions afférentes de la Loi (Sections 21 et 23 notamment) a donné lieu à la première dérogation britannique à l’application de la Convention Européenne des Droits de l’Homme depuis que le *Human Rights Act de 1998*, incorporant la Convention dans le droit britannique est entré en vigueur le 2 octobre 2000. En réalité, l’émission par le Gouvernement britannique d’une déclaration de dérogation au titre de l’article 15 de la CEDH [*Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001 (SI 2001/3644)*] était une condition indispensable pour passer outre les garanties de la liberté individuelle prévues dans son article 5§1. Sur la procédure d’adoption de la législation antiterroriste britannique de 2001, v. BELL, J. L’actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* - Royaume-Uni. *R.F.D.C.*, 2002, n°49, p. 238-240.

⁴ Bien que la nouvelle législation antiterroriste, adoptée après le 11 septembre et connue sous le nom de *USA Patriot Act [Public Law 107-56, October 26, 2001, 115 Stat. 272]*, ait étendu explicitement les pouvoirs de détention de non-nationaux soupçonnés d’agissements terroristes, ce sont notamment les prérogatives présidentielles en temps de guerre (“ approuvées ” par une Résolution du Congrès, adoptée dans la foulée des attentats de septembre 2001) qui ont été invoquées pour justifier la détention illimitée de terroristes présumés, aussi bien étrangers que nationaux. Sur le dispositif américain de lutte contre le terrorisme, suite aux événements de septembre 2001, V. VROOM, C. Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux. Communication - États-Unis, *A.I.J.C.*, 2002, vol. XVIII, p.161-193; SCOFFONI, G. Les juges et la Constitution des États-Unis à l’épreuve du terrorisme international. *Mélanges L. Philip*, (À paraître chez Economica - P.U.A.M.), 2005.

nécessité d'opposer des freins et contrepoids efficaces face aux prétentions sécuritaires de l'exécutif. A qui confier cette tâche ?

Le législateur s'avère peu fiable en période de crise, incapable de résister aux exigences d'une opinion publique souvent exaltée, en proie aux peurs et aux angoisses les plus irrationnelles. Les juges nationaux, également, se sont parfois montrés trop complaisants vis-à-vis des intérêts sécuritaires sous-tendant les atteintes à la liberté.

Néanmoins, dans le contexte actuel d'une menace terroriste internationalisée, le rôle des juges est appelé à évoluer. Ceux-ci sont de plus en plus confrontés à des dispositifs antiterroristes d'envergure, dont l'applicabilité semble extensible à des catégories de suspects indéterminées et à une durée imprévisible. Ils semblent alors parfaitement bien placés pour assurer la fonction de contre-pouvoir en période de crise.

En effet, tout en agissant dans le cadre contraignant des circonstances exceptionnelles, voire d'un état de guerre, les juges américains et britanniques ont accepté de contrôler la régularité des mesures attentatoires à la liberté individuelle. Ils ont ainsi rompu avec la passivité judiciaire qui avait dominé, pendant longtemps, le contentieux de crise, tant aux États-Unis qu'au Royaume-Uni. Mais en se servant différemment des moyens de contrôle dont ils disposent, et notamment des normes constitutionnelles et conventionnelles de référence, les juges britanniques et américains arrivent à des résultats divergents sur les garanties concrètes de la liberté individuelle en période de crise.

Nous allons essayer de montrer l'importance d'un contrôle judiciaire efficace en période de crise, en s'appuyant sur le contentieux né des réglementations d'urgence américaine et britannique, après le 11 septembre 2001. Les arrêts rendus par la Cour suprême américaine le 28 juin 2004, dans les espèces *Rasul v. Bush*⁵, *Hamdi v. Rumsfeld*⁶ et *Rumsfeld v. Padilla*⁷, et par la Chambre des Lords britannique le 16 décembre 2004, dans l'affaire *A and others v. Secretary of State for the Home Department*⁸, nous serviront d'illustrations.

Lorsqu'on les compare, les arrêts américains et britannique montrent que le niveau de protection des droits fondamentaux est conditionné par la manière dont les juges manient les moyens de contrôle dont ils disposent. D'où le paradoxe suivant : aux États-Unis, foyer du constitutionnalisme, les juges n'utilisent qu'avec prudence les moyens de contrôle de constitutionnalité (I), tandis qu'au Royaume-Uni, où l'on ne s'est doté que récemment d'un catalogue de droits fondamentaux, et où la souveraineté du Parlement est toujours affirmée, les juges n'hésitent pas à se servir pleinement du contrôle de conventionnalité pour faire respecter la liberté individuelle, même à l'encontre des dispositifs législatifs (II).

I. L'ATTITUDE MODEREE DES JUGES AMERICAINS

Comparée à l'attitude de leurs homologues britanniques, celle des juges suprêmes américaines apparaît prudente, voire modérée, basculant entre fermeté et réserve. Ceci s'explique sans doute par le fait que les juges américains ne sauraient rester insensibles aux accents patriotiques qui ont accompagné le lancement de la

⁵ 124 S. Ct. 2686 (2004). Dans la suite de cette étude, nous nous appuyerons sur l'édition électronique de cet arrêt, disponible in *www.findlaw.com*.

⁶ 124 S. Ct. 2633 (2004). Dans la suite de cette étude, nous nous appuyerons sur l'édition électronique de cet arrêt, disponible in *www.findlaw.com*.

⁷ 124 S. Ct. 2711 (2004). Dans la suite de cette étude, nous nous appuyerons sur l'édition électronique de cet arrêt, disponible in *www.findlaw.com*.

⁸ (2004) UKHL 56. Dans la suite de cette étude, nous nous appuyerons sur l'édition électronique de cet arrêt, disponible sur le site officiel de la Chambre des Lords.

guerre contre le terrorisme international, après les attentats du 11 septembre. Certes, ils ont su opposer les garanties constitutionnelles de procédure à la prétention de l'Administration de mener la guerre contre le terrorisme, sans devoir répondre de ses actes (A). Mais en suivant une approche consensuelle, privilégiant la conciliation des intérêts antagonistes de la sécurité et de la liberté, ils sont restés en deçà du rôle qui est le leur dans le système constitutionnel américain (B).

A. La récusation certaine des prétentions sécuritaires de l'Administration américaine

Confrontés aux arguments radicaux des autorités administratives et militaires, les juges américains ont été amenés à réaffirmer solennellement les garanties minimales des droits procéduraux des détenus suspects de terrorisme. En ouvrant l'accès aux tribunaux des étrangers détenus à Guantanamo et en acceptant de contrôler la régularité de détention des nationaux suspects de terrorisme, ils ont récusé la thèse de l'immunité judiciaire de l'exécutif en temps de guerre.

1. L'extension du contrôle judiciaire *ratione loci* : La justiciabilité des recours des détenus de Guantánamo devant les tribunaux américains

L'affaire des détenus de la base navale américaine de la Baie de Guantánamo, à Cuba, est sans doute celle qui interpelle le plus l'opinion publique internationale. L'intérêt de cette affaire est lié à la situation de détention illimitée et secrète des terroristes présumés, capturés en Afghanistan, en dehors de toute procédure pénale et de tout contrôle judiciaire, au niveau national ou international. Fondé sur un précédent discrédité⁹ et organisé par une série de décrets militaires (*Military Orders*)¹⁰, le régime applicable aux détenus de Guantánamo implique leur jugement par des commissions militaires extraordinaires, selon une procédure qui rompt clairement avec les garanties minimales d'une "procédure régulière", exigées par la Constitution américaine¹¹. Dès lors, la qualification de la base américaine de

⁹ *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). Cet arrêt, connu comme "l'affaire des saboteurs", concernait huit agents nazis et un Américain, capturés sur le sol américain et placés en détention en juillet 1942, après la révélation par deux d'entre eux de leur intention de commettre des actes de sabotage aux États-Unis. Ils avaient été déférés devant un tribunal militaire sur la base d'une ordonnance présidentielle (*Military Order*). Par des recours en *habeas corpus*, ils ont contesté la légalité de leur détention et la procédure sommaire devant le tribunal militaire. Statuant en urgence sur ces recours, la Cour suprême a admis à l'unanimité la régularité de la procédure devant le tribunal militaire, en se fondant sur les pouvoirs conférés au Président par le Congrès pour mettre en place de telles instances. L'Administration Bush a invoqué le précédent *Quirin* pour justifier le régime applicable aux détenus de Guantánamo. Or, outre que l'affaire des "saboteurs" allemands s'inscrivait dans le contexte d'une guerre déclarée, lors de laquelle le Congrès avait explicitement autorisé la mise en place de tribunaux militaires pour juger des "combattants ennemis" incontestables, le précédent *Quirin* ne saurait justifier Guantánamo pour deux raisons : il était manifestement dépassé par les développements spectaculaires du droit international humanitaire, depuis cinquante ans ; et il était totalement discrédité en tant que légitimation judiciaire d'un "fait accompli". STEYN, J. *Guantanamo Bay : The Legal Black Hole*. *I.C.L.Q.*, 2004, n°53, 1, p. 9-10.

¹⁰ *Military Order of 13 Nov. 2001*, "Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism", 66 *Federal Register* 57833 (Vol. 66, N°222, November 16, 2001). Par ce décret, le Président Bush autorisait le Secrétaire à la Défense de placer en détention les étrangers soupçonnés d'être membres d'Al Qaeda ou impliqués dans des activités terroristes, et d'organiser leur jugement par des tribunaux ("des commissions") militaires. La compétence et la procédure suivie devant ces commissions ont été ensuite précisées dans différentes dispositions promulguées par le Département de la Défense. V. notamment *Military Commission Order n°1* (March 21, 2002), *Military Commission Instructions, n°1-8* (April, 30, 2003), cités in SCOFFONI, G. Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international. *Précité*, note n°20.

¹¹ Ainsi, la portée du décret militaire du 13 novembre 2001 pourrait être extensible à tout étranger considéré comme associé à des activités terroristes. De plus, les garanties procédurales étaient excessivement relâchées en comparaison avec celles qui s'appliquent en matière de justice ordinaire.

Guantánamo de “trou noir”¹², voire de “*no man’s land*”¹³ juridique n’est pas exagérée. Il semble que l’on ait autorisé les autorités militaires à y agir en pleine immunité et à y remplir les fonctions les plus diverses : enquêteurs, autorités de poursuites pénales, défenseurs, juges et même agents d’exécution de la peine de mort...¹⁴

Qui plus est, le choix de la base de Guantánamo comme lieu de détention a été dicté manifestement par des considérations d’opportunité politique et militaire : permettre à une Administration en guerre de maintenir en détention et de continuer à interroger des étrangers capturés, dans le cadre des opérations militaires, sans devoir répondre devant les tribunaux des faits qu’elle leur reproche ni dévoiler les sources d’information les concernant¹⁵.

Aucun autre lieu de détention ne présentait autant d’avantages que la base de Guantánamo. D’abord, tout transfert des combattants capturés à l’intérieur des États-Unis impliquerait une extension de la protection de *habeas corpus* à ceux-ci¹⁶. Ensuite, la détention des mêmes personnes en Afghanistan présenterait des risques élevés d’attentats contre les lieux de détention. Enfin, tout éventuel transfert des détenus dans un pays tiers semblait exclu, à cause de risques analogues de représailles. Il ne restait alors que le choix de la base navale de Guantánamo, qui satisfaisait pleinement aux exigences de sécurité, tout en relevant d’un statut juridique hybride : propriété louée à Cuba depuis 1903, elle est soumise au contrôle effectif des États-Unis qui l’utilise comme installation navale ; mais puisque Cuba détient la souveraineté ultime sur ce territoire, il paraissait difficile d’y étendre la compétence territoriale des tribunaux américains¹⁷.

Au moins, cela semblait résulter de l’état du droit américain à la veille de l’arrêt *Rasul v. Bush*. En effet, un précédent judiciaire datant de 1950¹⁸ bloquait tout droit d’accès aux tribunaux fédéraux américains pour les étrangers capturés dans le théâtre des opérations militaires et détenus à l’extérieur des États-Unis.

En écartant ce précédent dans l’affaire de la Baie de Guantánamo, la Cour suprême américaine entendait neutraliser la doctrine du “*no man’s land*” juridique et désirait répondre aux exigences de respect des garanties de l’État de droit. L’arrêt *Rasul* reste, malgré tout, un arrêt d’espèce, car toute extension de sa portée au-delà des captifs de Guantánamo est pour l’instant difficile.

Par leurs recours devant les tribunaux fédéraux, certains détenus de la base navale de Guantánamo contestaient la légalité de leur détention et se plaignaient de

Ainsi, désormais, des preuves ayant une simple “valeur probative” pourraient être acceptées, en dérogeant au standard du “doute raisonnable”, applicable dans la procédure pénale. L’exigence de preuve pourrait être déclarée satisfaite à la majorité des deux tiers de la commission militaire et non plus à l’unanimité, exigée dans le procès pénal. Enfin, aucun appel judiciaire n’est prévu contre les décisions de ces commissions ; seul un appel au Président ou au Secrétaire d’État à la Défense est aménagé. VROOM, C. Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux. Communication - États-Unis, *Précité*, p. 183-185; GARDBAUM, S., SCOFFONI, G. L’actualité constitutionnelle dans les pays de *common law* - États-Unis. *R.F.D.C.*, 2002, n°50, p. 460-461.

¹² STEYN, J. Guantanamo Bay : The Legal Black Hole. *Précité*, p. 1.

¹³ WECKEL, P. Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo. *R.G.D.I.P.*, 2002, n°2, p. 357.

¹⁴ STEYN, J. Guantanamo Bay : The Legal Black Hole. *Précité*, p. 9.

¹⁵ Ainsi, PAPAIOANNOU, A. D. *Επιχειρηματική Αποκρίση στην Αμερικανική Πολιτική*. Athènes-Komotini : *Επιχειρηματική*. *Ε.Ε.Ε.Ε.*, 2004, p. 34.

¹⁶ *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001). Dans cet arrêt, rendu avant les attentats du 11 septembre, la Cour suprême avait admis la pleine application des garanties constitutionnelles d’une procédure régulière (“due process of law” - V^e Amendement à la Constitution américaine) aux étrangers qui sont présents sur le territoire des États-Unis, que leur présence soit légale ou illégale, permanente ou temporaire.

¹⁷ PAPAIOANNOU, A. D. *Επιχειρηματική Αποκρίση στην Αμερικανική Πολιτική*. *Précité*, p. 35.

¹⁸ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

nombreuses violations de leurs droits procéduraux¹⁹. Tant en première instance²⁰ qu'en appel²¹, ces recours ont été rejetés. En interprétant le précédent *Johnson v. Eisentrager* de 1950 comme impliquant l'absence de compétence des tribunaux fédéraux américains pour connaître des griefs provenant d'étrangers détenus en dehors du territoire américain, les juges fédéraux inférieurs ne pouvaient que debouter les requérants.

La Cour suprême en a jugé autrement. Écrivant pour une majorité de cinq juges suprêmes, le juge Stevens a estimé que la loi fédérale *d'habeas corpus* (28 U. S. C. §§2241-2243) implique un droit d'accès aux tribunaux au profit des étrangers détenus sur un territoire qui relève de la compétence pleine et exclusive des États-Unis, mais non de leur souveraineté ultime²². Pour arriver à cette conclusion, la Cour a pris acte de la lettre des dispositions pertinentes de la loi²³, du développement historique du recours *d'habeas corpus* comme principal moyen de contrôle de la légalité des détentions administratives, ainsi que de l'extension jurisprudentielle de sa justiciabilité dans des circonstances très diverses, impliquant aussi bien des citoyens américains²⁴ que des étrangers ennemis²⁵, détenus sur le sol américain²⁶. Dans cette perspective historique et évolutive, la justiciabilité des recours des détenus de la base de Guantánamo apparaissait comme une extension supplémentaire des garanties de la liberté individuelle et, en fin de compte, de l'État de droit.

Or, une telle extension butait contre deux obstacles, invoqués également par l'Administration Bush : d'une part, le précédent *Eisentrager*, qui semblait exclure la compétence des tribunaux américains pour connaître des recours provenant d'étrangers captivés à l'étranger et détenus en dehors du sol américain ; d'autre part, l'absence de souveraineté américaine sur la base navale de Guantánamo, qui semblait empêcher l'extension de l'applicabilité de la loi fédérale *d'habeas corpus* sur ce territoire.

Le premier obstacle a pu être neutralisé par la mise à l'écart du précédent *Eisentrager*. Dans cet arrêt, la Cour suprême avait rejeté la demande *d'habeas corpus* de citoyens allemands capturés en Chine, jugés et condamnés pour crimes de guerre par des tribunaux militaires mis en place à Nankin et incarcérés en Allemagne occupée²⁷. Or, le cas des détenus de Guantánamo se distingue

¹⁹ Par deux recours en *habeas corpus*, deux détenus australiens exigeaient leur libération immédiate, le droit de consulter un avocat et de ne plus subir des interrogatoires et d'autres mesures protectrices. Douze autres détenus, d'origine koweïtienne, réclamaient d'être informés des charges retenues à leur encontre, d'être autorisés à rencontrer leurs familles et leurs avocats et d'accéder aux tribunaux américains ou à une autre instance juridictionnelle neutre.

²⁰ *Rasul v. Bush*, 215 F. Supp. 2d 55, 56 (D. C. 2002).

²¹ *Al Odah v. United States*, 321 F. 3d 1134, 1145 (D. C. Cir. 2003).

²² *Rasul v. Bush*, Cour suprême, 28 juin 2004, éd. électr. précitée. Opinion de la Cour (Stevens, rejoint par les juges O'Connor, Souter, Ginsburg et Breyer). Par son opinion séparée, le juge Kennedy a adhéré au jugement de la Cour, tout en présentant une motivation divergente. Il a élevé ainsi à six le nombre des juges suprêmes favorables à la justiciabilité des recours des captifs de Guantánamo.

²³ 28 U.S.C. §§2241 (a), (c)(3). Cette loi accorde aux tribunaux fédéraux le pouvoir de connaître " dans le cadre de leurs compétences respectives " des demandes en *habeas corpus* provenant de toute personne qui se plaint de l'irrégularité de sa détention.

²⁴ La Cour suprême avait accepté ainsi de statuer sur le recours *d'habeas corpus* d'un citoyen américain qui avait préparé un attentat contre des installations militaires pendant la Guerre Civile américaine. *Ex parte Milligan*, 4 Wall. 2 (1866).

²⁵ La Cour suprême avait admis les recours en *habeas corpus* des " saboteurs " allemands, capturés sur le sol américain, *Ex parte Quirin*, 317 U. S. 1 (1942) ainsi que d'autres étrangers ennemis, détenus sur les possessions insulaires des États-Unis. *In re Yamashita*, 327 U. S. 1 (1946).

²⁶ *Rasul v. Bush*, opinion de la Cour (Stevens), Partie II, V. éd. électr. précitée.

²⁷ L'absence de droit constitutionnel d'accès à la justice américaine au profit des Allemands capturés était justifiée par la présence de six éléments significatifs : les captifs étaient des étrangers ennemis ; ils n'avaient jamais été présents aux États-Unis ; ils avaient été capturés et placés en détention à l'étranger ; ils avaient été jugés et condamnés par un tribunal militaire siégeant en dehors des États-

nettement de celui des Allemands capturés en Chine pendant la Seconde Guerre Mondiale. Les détenus de Guantánamo ne sont pas ressortissants de pays en guerre avec les États-Unis. De plus, ils n'ont jamais admis avoir préparé des opérations contre les États-Unis ou y avoir participé, ils n'ont jamais été transférés devant un tribunal, ni mis en examen, ni inculpés de quoi que ce soit. Qui plus est, ils ont été placés en détention pendant plus de deux ans sur un territoire qui relève de la compétence exclusive des États-Unis²⁸.

De surcroît, le précédent *Eisentrager* ne serait valable que pour statuer sur l'existence d'un droit *constitutionnel* d'accès à la justice américaine. Il serait totalement inopérant pour résoudre la question de l'existence d'un droit *législatif* d'accès à la justice au profit des étrangers détenus à l'étranger. Un tel droit législatif avait été exclu dans *Eisentrager* sur la base d'une jurisprudence datant de 1948²⁹, qui conditionnait ce droit à la présence physique des détenus dans le ressort territorial du tribunal saisi. Or, depuis un arrêt de 1973³⁰, la présence physique des détenus n'est plus considérée comme une condition indispensable pour fonder la justiciabilité d'un recours en *habeas corpus*. Ce qui compte, c'est la possibilité de rattacher l'autorité détentrice au ressort territorial d'une juridiction. Autrement dit, la disposition de la loi fédérale, qui prévoit que "les recours *d'habeas corpus* peuvent être accordés par la Cour suprême, par les cours d'appel ou par les cours de district dans le cadre de leurs compétences respectives" (28 U.S.C. §2241), signifie simplement que les autorités responsables de la détention doivent pouvoir être rattachées au champ de compétence d'une juridiction fédérale. Dans la mesure où les autorités militaires de la base de Guantánamo sont localisables aux États-Unis, la loi fédérale *d'habeas corpus* constitue le fondement d'un droit d'accès aux tribunaux américains au profit des détenus de Guantánamo.

La seconde objection de l'Administration Bush invoquait l'inapplicabilité de la loi *d'habeas corpus* sur la base navale américaine, qui reste sous souveraineté cubaine. La Cour a neutralisé cette objection en mettant l'accent sur le fait que ce territoire relève de la pleine et entière compétence des autorités américaines. Par conséquent, les tribunaux américains peuvent connaître des demandes en *habeas corpus* mettant en cause la légalité de détention à Guantánamo Bay, qu'elles proviennent de citoyens américains ou d'étrangers³¹.

Malgré ses ambiguïtés³², l'arrêt *Rasul* reste un grand arrêt. En rompant avec le précédent *Eisentrager*, la Cour suprême rompt également avec la distinction classique en temps de guerre entre nations amies, ennemies et neutres et avec l'indexation consécutive de la protection due à leurs ressortissants en fonction de leur extranéité³³. Le fait d'accorder aux étrangers capturés en Afghanistan le droit d'accéder à la justice américaine revêt une importance majeure, car dans le contexte de la "guerre contre le terrorisme", les concepts de nations amies, ennemies et neutres sont confus, voire fluctuants, et les risques d'erreur d'appréciation sont grands. Cette importance est accentuée par le fait que la Cour est indifférente à la situation géographique de la détention, hors du territoire souverain des États-Unis.

Unis pour crimes de guerre commis également en dehors des États-Unis ; et ils ont été toujours emprisonnés en dehors des États-Unis. *Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. (1950), p. 777. Cité in *Rasul v. Bush*, opinion de la Cour (Stevens), Partie III, V. éd. électr. précitée.

²⁸ *Rasul v. Bush*, opinion de la Cour (Stevens), Partie III, V. éd. électr. précitée.

²⁹ *Ahrens v. Clark*, 335 U. S. 188 (1948).

³⁰ *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Ky.*, 410 U. S. 484 (1973).

³¹ *Rasul v. Bush* (28 juin 2004), opinion de la Cour (Stevens), Partie IV, V. éd. électr. précitée.

³² V. *infra*, B, 1.

³³ V. notamment, FLETCHER, G. P. Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : Hamdi, Padilla et les détenus de *Guantánamo Bay*. *R.T.D.H.*, 2004, n° 60, p. 855 et s.

Ainsi, on estompe la distinction national/étranger et on relativise la souveraineté en tant que critère d'application des garanties de l'Etat de droit. Ce seraient les corollaires indispensables d'une extension illimitée de la lutte antiterroriste dans l'espace et dans le temps. La réponse des juges américains à Guantánamo suggère peut-être leur intention de redéfinir progressivement les garanties de l'Etat de droit et notamment celles de la liberté individuelle, dans le nouveau contexte de la lutte contre le terrorisme international. L'ouverture de la justice américaine aux terroristes présumés n'en est que le premier pas.

2. L'approfondissement du contrôle judiciaire *ratione materiae* : le cas de citoyens américains soupçonnés de terrorisme dans l'affaire *Hamdi v. Rumsfeld*

Si l'ouverture des juridictions nationales aux détenus de Guantánamo rétrécit considérablement les lieux de " non-droit ", la sauvegarde de l'état de droit dépend du contrôle judiciaire que l'on exerce sur les dispositifs de lutte antiterroriste. Ceci est particulièrement bien illustré par l'attitude des juges américains face à la détention administrative illimitée des terroristes présumés.

Dans l'affaire *Hamdi*³⁴, la Cour suprême était confrontée au cas d'un citoyen américain capturé en Afghanistan et maintenu en détention administrative indéterminée, en tant que " combattant ennemi " ³⁵. Le Gouvernement américain invoquait ses prérogatives en temps de guerre pour justifier son pouvoir discrétionnaire de le maintenir en détention, aussi longtemps qu'une procédure judiciaire régulière risquerait de compromettre ses efforts militaires dans la lutte contre le terrorisme. Cette thèse absolue apparaît, d'emblée, incompatible avec toute notion de sauvegarde de l'État de droit. Elle semble d'autant plus extravagante qu'elle concerne un citoyen américain soupçonné de terrorisme.

a. Les raisons du renforcement du contrôle judiciaire sur le régime de détention

Les circonstances de la capture de Yaser Esam Hamdi dans une zone de combat afghane étaient sans doute intrigantes. Néanmoins, les juges américains ne sauraient admettre facilement la légitimité de sa détention, notamment pour deux raisons.

D'une part, depuis le 11 septembre 2001, le pouvoir de l'Administration de placer en détention des suspects n'a été autorisé explicitement que pour les étrangers, selon une disposition du *USA Patriot Act*³⁶. Une telle détention est prévue pour une durée maximale de sept jours, lorsque, en vertu d'une attestation de *l'Attorney General*, il existe des " raisons plausibles " de croire qu'un étranger est engagé dans des activités terroristes ou qu'il présente " un danger pour la sécurité nationale ". Au-delà de cette période, le suspect doit être inculpé ou relâché, sauf si *l'Attorney General* estime que la personne détenue représente une menace pour la sécurité nationale et que sa détention doit être prolongée pendant six mois supplémentaires³⁷. Malgré son indétermination et son extensibilité³⁸, la

³⁴ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004). V. éd. électr. précitée.

³⁵ Il n'existe pas de critères clairs pour qualifier certains individus d'" enemy combatants ". Néanmoins, dans son mémoire en défense, le Gouvernement américain avait donné la définition suivante du " combattant ennemi " : " *an individual who is part of or supporting forces hostile to the United States or coalition partners in Afghanistan and who engaged in an armed conflict against the United States there* ". Cité in *Hamdi v. Rumsfeld*, op.de la majorité relative (O'Connor), Part II. V. éd. électr. précitée.

³⁶ *USA Patriot Act*, § 412 (a), (b). V. 8 U.S.C. §1226 A.

³⁷ Sur les pouvoirs de détention des étrangers V. VROOM, C. Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux. Communication - États-Unis, *Précité*, p.178-181.

réglementation attentive sur le pouvoir de détention des étrangers, dans le *Patriot Act*, appelait un contrôle tout aussi attentif sur la régularité de détention des citoyens. Au moins, elle impliquait le refus de tout pouvoir de détention absolu et discrétionnaire au profit de l'exécutif³⁹.

D'autre part, admettre un tel pouvoir, comme implication automatique des efforts militaires du gouvernement, renvoie à des souvenirs douloureux, peu louables pour les juges américains. Lors de la dernière grande crise de l'histoire américaine, à savoir la Seconde Guerre Mondiale, les tribunaux avaient cédé presque " sans combat " aux nécessités militaires que l'on avait invoquées pour restreindre les libertés de citoyens américains d'origine japonaise. Ainsi, divers aspects du programme de défense de la Côte Ouest des Etats-Unis, orientés contre les risques d'espionnage et de sabotage, avaient été validés. C'était le cas, par exemple, du couvre-feu imposé aux citoyens d'origine japonaise⁴⁰ et des ordres d'évacuation de certaines zones⁴¹. Dans le célèbre arrêt *Korematsu* (1944), le juge Black, en s'exprimant au nom de la Cour, avait écrit que *Korematsu* avait été obligé de quitter la Côte Ouest " ... parce que ", disait-il, " nous sommes en guerre avec l'Empire japonais, et les autorités militaires compétentes craignaient une invasion de notre Côte Ouest et se sentaient obligées de prendre les mesures de sécurité appropriées ; parce qu'elles ont décidé que l'urgence militaire ainsi créée exigeait que tous les citoyens d'origine japonaise soient temporairement exclus de la Côte Ouest et parce que, en fin de compte, le Congrès a confié à nos dirigeants militaires la tâche de conduire cette guerre - comme il se devait - et a estimé que ceux-ci devraient disposer du pouvoir de faire cela. (...) Nous ne pouvons pas dire maintenant - avec tout le recul dont nous disposons - que, à l'époque, ces mesures étaient injustifiées " ⁴².

Depuis, les condamnations prononcées contre les citoyens d'origine japonaise ont été cassées par les tribunaux américains⁴³ et les erreurs d'appréciation commises à leurs dépens ont été reconnues et partiellement compensées⁴⁴. Comme on a pu le relever⁴⁵, *Korematsu* revêt désormais une importance très limitée en tant que précédent judiciaire. Mais " en tant que précédent historique, il représente une mise en garde constante sur le fait qu'en temps de guerre ou de nécessité militaire déclarée, nos (*sic!*) institutions doivent rester vigilantes dans la protection des

³⁸ SCOFFONI, G. Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international. *Précité*. VROOM, C. Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux. Communication - États-Unis, *Précité*, p.179.

³⁹ V. en ce sens, *Hamdi v. Rumsfeld* (29 juin 2004), op. concordante au jugement de la Cour (Souter, Ginsburg), Partie III, C. V. éd. électr. précitée.

⁴⁰ La Cour suprême a validé unanimement les ordres de couvre-feu dans l'arrêt *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943). V. également *Yasui v. United States*, 320 U.S. 115 (1943).

⁴¹ Dans l'arrêt *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), une majorité de six juges a validé une condamnation pénale pour violation d'un ordre militaire excluant toute personne d'origine japonaise de certaines zones désignées sur la Côte Ouest.

⁴² *Korematsu v. United States*, (1944), op. de la Cour (Black), reproduite en partie in GUNTHER, G. *Constitutional Law*. 11th ed. Mineola - New-York : The Foundation Press, Inc., 1985, p. 625. [Traduction par nos soins].

⁴³ V. notamment *Korematsu v. United States*, 584 F. Supp. 1406 (N. D. Cal. 1984); *Hirabayashi v. United States*, 828 F. 2nd 591 (9th Cir. 1987).

⁴⁴ En 1976, le Président Ford a révoqué le décret présidentiel n° 9066 qui avait servi de base à tout le programme de la Côte Ouest, tandis qu'en 1982, une commission spéciale du Congrès a reconnu que l'adoption de ce décret et des décisions militaires consécutives n'a pas été dictée par quelque nécessité militaire que ce soit mais plutôt par les préjugés raciaux, l'hystérie de la guerre et l'absence de toute stratégie politique... V. HATA & HATA. *Justice Delayed but not denied*. In SAUNDERS and DANIELS (ed). *Alien Justice : Wartime Internment in Australia and in North America*. Queensland : University of Queensland, 2000, p. 226 et s. [Cité in BINGHAM, T. *Personal Freedom and the Dilemma of Democracies*. *Précité*, p. 854, note n° 126].

⁴⁵ GUNTHER, G. *Constitutional Law*. *Précité*, p. 625.

garanties constitutionnelles. Il représente une mise en garde sur le fait qu'en temps de détresse, la nécessité militaire et la sécurité nationale ne doivent pas être utilisées pour préserver les décisions gouvernementales de tout contrôle effectif et de toute justification... ”⁴⁶.

b. L'affirmation de droits procéduraux minimums au profit des détenus

L'héritage de l'ère *Korematsu* a dû peser lourdement lorsque les juges suprêmes américains ont été appelés à statuer sur la détention administrative illimitée des citoyens américains *Hamdi* et *Padilla*. Mais la Cour suprême n'a pas statué au fond dans le cas de *Padilla*, par conséquent, nous chercherons dans l'arrêt *Hamdi* les signes de rupture avec la traditionnelle déférence des juges envers l'exécutif en temps de crise.

Malgré le fait qu'aucune opinion n'a pu rassembler une majorité de cinq juges suprêmes, l'arrêt *Hamdi* consacre incontestablement le principe que la nation américaine est gouvernée par le droit et non par la volonté discrétionnaire de ses dirigeants⁴⁷. En effet, huit juges suprêmes sur neuf ont admis qu'il faut imposer une limitation au pouvoir de l'exécutif de placer en détention des citoyens américains⁴⁸. Seul le juge Thomas a adhéré pleinement à la thèse radicale du gouvernement américain⁴⁹.

Bien qu'une majorité de cinq juges ait admis l'autorité de l'exécutif pour placer en détention des citoyens américains suspectés d'affinités terroristes, cette autorité a été circonscrite aux circonstances de l'espèce. En effet, hormis le juge Thomas, qui a invoqué les pouvoirs constitutionnels du Président en temps de guerre, quatre autres juges se sont fondés sur la Résolution commune adoptée par le Congrès après le 11 septembre et autorisant le Président à employer “ toute force nécessaire et appropriée contre les nations, organisations ou personnes qui auraient selon lui organisé, autorisé, exécuté ou soutenu les attaques terroristes du 11 septembre 2001, ou hébergé ces personnes, afin de prévenir toute action future contre les États-Unis par ces nations, organisations ou personnes ”⁵⁰. Pour ces quatre juges de la majorité relative, l'autorisation d'employer la force militaire inclut le pouvoir de placer en détention les personnes qualifiées de “ combattants ennemis ”, pour autant que la détention de ces personnes constitue une implication essentielle et nécessaire des efforts militaires d'une nation⁵¹. Le pouvoir de détention serait justifié par les usages de la guerre. Il ne serait donc autorisé que pour la raison pour laquelle cette mesure est employée en temps de guerre : à savoir, empêcher le retour des combattants sur les champs de bataille. Il ne serait plus autorisé dès que l'objectif gouvernemental s'éloignerait de la logique de la guerre conventionnelle et se dirigerait, par exemple, vers l'extraction de renseignements au moyen d'interrogatoires⁵². De même, le pouvoir de détention ne saurait durer au-delà de la

⁴⁶ *Korematsu v. United States*, 584 F. Supp. (N. D. Cal. 1984), op. (juge Patel), p. 1420. [Traduction par nos soins].

⁴⁷ V. le commentaire de l'arrêt *Hamdi v. Rumsfeld* in *Harvard Law Review*, 2004, vol. 118, n°1, p. 412.

⁴⁸ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. majorité relative (O'Connor, rejointe par le *Chief Justice* Renquist, et les juges Kennedy et Breyer); op. conc. (Souter rejoint par le juge Ginsburg); op. diss. (Scalia, rejoint par le juge Stevens). V. éd. électr. précitée.

⁴⁹ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. diss. (Thomas). V. éd. électr. précitée.

⁵⁰ *Authorization for Use of Military Force*, (AUMF), *Public Law*, 107-40, 115 Stat. 224 (sept. 18, 2001). [Traduction française in SCOFFONI, G. Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international. *Précité*].

⁵¹ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. majorité relative (O'Connor, rejointe par le *Chief Justice* Renquist, et les juges Kennedy et Breyer). Part II. V. éd. électr. précitée.

⁵² *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. majorité relative (O'Connor), Part II : “ *Certainly we agree that indefinite detention for the purpose of interrogation is not authorized* ”.

fin d'une guerre conventionnelle ni ne saurait suivre les prolongations indéterminées de " la guerre contre le terrorisme " ⁵³.

Sous ces strictes conditions, le pouvoir de détention des combattants ennemis aurait été autorisé par la Résolution sur l'emploi de la force armée ⁵⁴. Ainsi, cette première concession aux prétentions du gouvernement américain dans la " guerre contre le terrorisme " reste malgré tout minimale ⁵⁵.

Par ailleurs, les juges suprêmes ne sauraient admettre que cette autorisation épuise la question de la régularité de la détention de Hamdi.

Ce fut pourtant un des arguments centraux du gouvernement américain, dans sa défense à la demande en *habeas corpus* présentée par Hamdi. Selon cet argument, le principe de la séparation des pouvoirs et la compétence limitée des tribunaux en matière de décisions militaires les empêcheraient d'aller au-delà d'un contrôle minimum, en ce qui concerne l'existence d'un quelconque fondement légal autorisant la détention de combattants ennemis. Une fois la détention autorisée, les tribunaux devraient se plier aux raisons invoquées par l'Administration pour placer en détention les personnes suspectées de terrorisme, sans enquêter davantage sur le bien-fondé de ces raisons ⁵⁶. De ce point de vue, la déclaration militaire qui fondait la qualification de " combattant ennemi " et la détention de Hamdi (dite " Mobbs Declaration " ⁵⁷), suffirait pour confirmer la régularité de cette détention.

Une concession aussi radicale aux thèses gouvernementales heurterait de front la garantie constitutionnelle " d'une procédure régulière ", prévue pour toute privation de liberté et considérée comme le rempart le plus efficace contre l'arbitraire. Revêtue d'autorité constitutionnelle dès 1791 par son inscription dans le V^e Amendement à la Constitution américaine ⁵⁸, la garantie de " *due process* " est

⁵³ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. majorité relative (O'Connor), Part II :

" *Further we understand Congress' grant of authority for the use of "necessary and appropriate force" to include the authority to detain for the duration of the relevant conflict, and our understanding is based on longstanding law-of-war principles. If the practical circumstances of a given conflict are entirely unlike those of the conflicts that informed the development of the law of war, that understanding may unravel* ".

⁵⁴ Les deux autres juges qui ont adhéré au jugement de la Cour concernant les droits procéduraux des combattants ennemis (les juges Souter et Ginsburg) ont refusé de voir dans l'Autorisation de la force militaire une base suffisante du pouvoir de détention des combattants ennemis. *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. conc. (Souter). V. éd. électr. précitée. Quant au juge Scalia, il a également refusé de voir dans l'Autorisation du Congrès une base suffisante pour la détention de Hamdi, mais en se fondant sur un raisonnement constitutionnel très rigoureux. Selon lui, un citoyen américain ne saurait être privé de sa liberté que dans le cadre d'une procédure pénale régulière ou après la suspension de la garantie du *habeas corpus* par acte du Congrès, dans les cas prévus par l'article I, Section 9, §2 de la Constitution américaine [*"The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it"*]. V. *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. diss. (Scalia). Éd. électr. précitée.

⁵⁵ En ce sens, V. le commentaire de l'arrêt *Hamdi v. Rumsfeld* in *Harvard Law Review*, 2004, vol. 118, n°1, p. 413-414.

⁵⁶ V. les extraits du mémoire des défendeurs, rapportés in *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. majorité relative (O'Connor), Part III, C. Éd. électr. précitée.

⁵⁷ Il s'agit de la déclaration de Michael Mobbs, conseiller spécial auprès du Département de la Défense américain, qui constitue l'unique élément de preuve présenté par l'Administration pour justifier la détention de Hamdi. Cette déclaration se limite pourtant à relater les circonstances de capture de Hamdi en Afghanistan et à présumer son association aux groupes armés talibans et, par extension, à Al Qaeda, en se fondant sur les interrogatoires que Hamdi aurait subis à l'époque de sa capture en Afghanistan. Au lieu de témoignages directs, cette déclaration se fonde donc sur des informations par oui-dire, provenant d'une source unique, à savoir les équipes militaires sur place, chargées de " décerner " les sentiments anti-américains chez les personnes capturées.

⁵⁸ V^e amendement (1791) : " ... nor [shall any person] be deprived of life, liberty or property without due process of law ".

opposable à tous les pouvoirs publics, aussi bien au niveau fédéral que fédéré⁵⁹, de sorte qu'elle apparaît comme un des piliers de l'état de droit américain.

Une garantie aussi fondamentale pour la sauvegarde de l'état de droit ne pourrait donc s'effacer devant aucune nécessité militaire. Selon les termes de la juge O'Connor, écrivant pour la majorité relative de la Cour, " c'est dans les circonstances les plus troublantes et les plus incertaines que l'attachement de notre Nation à la garantie de *due process* est le plus cruellement éprouvé ; et c'est dans ces moments que nous devons marquer notre attachement chez nous aux principes pour lesquels nous combattons ailleurs " ⁶⁰. Ainsi, si une considération particulière devait être accordée à l'état de guerre et aux nécessités militaires consécutives, elle ne saurait fonctionner pour autant comme " carte blanche " donnée à l'exécutif, surtout lorsque les droits fondamentaux des citoyens sont remis en cause.

Ceci serait incompatible avec le principe de séparation des pouvoirs, qui a été conçu dans la structure constitutionnelle américaine comme un mécanisme de freins et contrepoids opposé aux prétentions absolutistes des différentes branches du gouvernement et destiné à sauvegarder la liberté des citoyens⁶¹. Dans cette conception globale du système américain, les tribunaux se sont vus confier la tâche de sauvegarder les droits et libertés fondamentaux des personnes. Et des voies de recours spécifiques ont été ouvertes pour remédier à leurs violations⁶².

Dans le domaine de la liberté individuelle, le recours en *habeas corpus* fonctionne comme un moyen de contrôle du pouvoir de détention de l'exécutif. Il plonge ses racines historiques dans la *common law* britannique. Et il a été intégré dans la Constitution américaine dès la Fondation de la Fédération⁶³. Renoncer à ce recours et au contrôle judiciaire qu'il implique, ce serait détruire le système de " freins et contrepoids ", tel qu'il est élaboré depuis l'époque des Pères Fondateurs américains⁶⁴.

La solution que la majorité de la Cour a privilégiée est un contrôle judiciaire " significatif " (*" meaningful "*) mais non " strict ", propre à sauvegarder les garanties constitutionnelles grâce à une " procédure régulière ", tout en ménageant les susceptibilités des autorités militaires. A aucun moment, la majorité relative n'envisage une prévalence absolue du droit des détenus à faire contrôler la régularité de leur détention. Au contraire, les intérêts des autorités militaires (ne pas dévoiler les sources de leurs renseignements et ne pas répondre devant les tribunaux de l'opportunité de mesures prises contre les suspects) sont pris au sérieux et mis en balance contre les garanties constitutionnelles de l'état de droit⁶⁵. Pour satisfaire aux valeurs contradictoires de la liberté et de la sécurité, la Cour

⁵⁹ La garantie de " *due process* " a été incluse dans le XIV^e amendement (1868) qui vise à limiter le pouvoir des États fédérés. XIV^e amendement, Section 1 : " ... *nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law...* " .

⁶⁰ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. (O'Connor), Part III, C, 3. *Éd. électr. précitée*. [Traduction par nos soins].

⁶¹ Cette conception de la séparation des pouvoirs a été développée par J. Madison dans les lettres n° 47-51 des *Federalist Papers*. V. La version française par G. Jèze in HAMILTON, A., JAY, J., MADISON, J. *Le Fédéraliste*. Paris : Economica, coll. Études Juridiques Comparatives, 1988. V. également, ZOLLER, E. *Droit constitutionnel*. Paris: P.U.F. Coll. Droit Fondamental, 2^eme éd. 1999, p. 294 et s.

⁶² *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. (O'Connor), Part III, D. *Éd. électr. précitée*.

⁶³ V. la clause dite de " non-suspension ", article I, Section 9, §2 : " *The privilege of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it* " .

⁶⁴ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. (O'Connor), Part III, D : " *Thus, while we do not question that our due process assessment must pay keen attention to the particular burdens faced by the Executive in the context of military action, it would turn our system of checks and balances on its head to suggest that a citizen could not make his way to court with a challenge to the factual basis of his detention by his government, simply because the Executive opposes making available such a challenge* " . V. *Éd. électr. précitée*.

⁶⁵ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. (O'Connor), Part III, C, 2. *Éd. électr. précitée*.

estime finalement que le *due process* implique le droit des suspects à une audience contradictoire devant une autorité décisionnelle neutre qui leur permette de contester les faits reprochés, après en avoir pris connaissance⁶⁶.

L'affirmation de droits procéduraux minimums au profit des présumés "combattants ennemis", dans l'arrêt *Hamdi*, s'inscrit dans la logique du renforcement des garanties de la liberté individuelle au détriment des prérogatives de l'exécutif. Cette logique inspire également l'arrêt *Rasul*. On pourrait même considérer que ces deux arrêts sont complémentaires, puisque l'extension du contrôle judiciaire de la détention *ratione loci* est nécessairement suivie par l'approfondissement des garanties constitutionnelles de procédure... Il est vrai que chacun de ces arrêts concerne des groupes de suspects différents : les étrangers de la base de Guantánamo d'une part ; les nationaux détenus dans les prisons américaines d'autre part. Il est vrai que, souvent, le critère de nationalité a semblé déterminant dans les opinions des juges suprêmes. Il donnait ainsi l'impression d'une incommunicabilité absolue entre les deux cas⁶⁷. Or, rien n'empêche d'étendre les droits constitutionnels de procédure aux deux groupes de détenus, de manière égale, puisque, aux termes des V^e et XIV^e amendements à la Constitution américaine, ces droits sont garantis au profit de "toute personne" susceptible de relever du pouvoir et du contrôle de l'exécutif, indépendamment de sa nationalité⁶⁸.

B. La recherche de l'adhésion des branches politiques

Si les arrêts *Rasul* et *Hamdi* montrent incontestablement la volonté des juges américaines d'affirmer les garanties essentielles de l'état de droit, ils contiennent de nombreuses ambiguïtés, voire des limitations. Certes, l'effort des juges pour gagner l'adhésion des autorités politiques dans leur démarche est louable, surtout dans une période où l'unité du peuple américain est aussi valorisée. Mais, on peut légitimement s'interroger si, en recherchant le compromis, on ne risque pas de compromettre les principes prééminents de l'état de droit et de la liberté.

1. La portée limitée de l'arrêt *Rasul*

Même s'il est circonscrit à la question de la compétence des juridictions américaines, l'arrêt *Rasul* pourrait avoir des effets au-delà de la base américaine de Guantánamo. Le critère de localisation selon les autorités détentrices (et non plus selon les personnes détenues) et la valorisation du statut de Guantánamo (en dépit

⁶⁶ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. majorité relative (O'Connor), Part III, C, 3 : " We therefore hold that a citizen-detainee seeking to challenge his classification as an enemy combatant must receive notice of the factual basis for his classification, and a fair opportunity to rebut the Government's factual assertions before a neutral decisionmaker ". V. Éd. électr. précitée. Cette partie de l'opinion de la majorité relative (O'Connor, Renquist, Kennedy et Breyer) a été rejointe par les deux juges Souter et Ginsburg, élevant ainsi à six le nombre des juges suprêmes adhérant à la thèse d'un contrôle judiciaire " significatif " de la détention de Hamdi. *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. conc. (Souter), Part IV. Éd. électr. précitée.

⁶⁷ Les opinions rédigées par le juge Scalia dans les affaires *Rasul* et *Hamdi* sont les plus représentatives de cette incommunicabilité présumée. En exacerbant la distinction national/ étranger, le juge Scalia a voté contre la justiciabilité des recours des détenus de Guantánamo et pour les droits procéduraux des nationaux qualifiés de " combattants ennemis ". V. *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. diss. (Scalia). Éd. électr. précitée; *Rasul v. Bush* (28 juin 2004), op. diss. (Scalia). Éd. électr. précitée. Sur ce point, V. également, FLETCHER, G. P. Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : Hamdi, Padilla et les détenus de *Guantánamo Bay*. Précité, p. 847-851.

⁶⁸ En ce sens, FLETCHER, G. P. Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : Hamdi, Padilla et les détenus de *Guantánamo Bay*. Précité, p. 853-854.

de la souveraineté cubaine) pourraient conduire à une extension inimaginable du droit d'accès à la justice américaine, au profit de diverses catégories d'étrangers.

La mise à l'écart d'un précédent qui dominait l'interprétation de la loi fédérale *d'habeas corpus*, comme dans l'arrêt *Eisentrager*, n'aurait pas pu faire l'unanimité, aussi noble que puisse paraître l'objectif d'extension des garanties de l'État de droit. Ceci est d'autant plus vrai qu'en matière d'interprétation législative, le respect de la règle *stare decisis* semble presque sacré... Il n'est donc pas étonnant que diverses voix, tant à l'intérieur⁶⁹ qu'à l'extérieur⁷⁰ de la Cour, se soient élevées pour dénoncer la déformation des précédents jurisprudentiels et l'opportunisme de la Cour.

Au-delà des accents aigris des critiques, celles-ci ont le mérite de s'interroger sur la portée du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Rasul*. Désormais, la compétence des tribunaux fédéraux américains s'étend aux recours *d'habeas corpus* des étrangers qui sont détenus par les autorités militaires américaines sur un territoire qu'elles contrôlent effectivement (mais dont la souveraineté ultime leur échappe, comme c'est le cas de la base de Guantánamo) : en ira-t-il de même des recours analogues, lorsqu'ils proviennent d'étrangers capturés dans les multiples théâtres d'opérations militaires que les États-Unis ouvrent dans le monde ? Doit-on craindre, comme le suggère le juge Scalia, une extension de la portée protectrice de *l'habeas corpus* " aux quatre points de l'horizon " ⁷¹, dans la mesure où le droit d'accès à la justice américaine dépend de la possibilité de rattacher les autorités détentrices au champ de compétence des juridictions américaines ? Puisque le contrôle effectif des autorités américaines sur la base de Guantánamo semble impliquer l'extension de la portée protectrice des lois américaines sur ce territoire, devrait-on anticiper une extension analogue sur les territoires passés sous contrôle américain par voie d'occupation militaire et non plus par voie conventionnelle ? La question n'est pas rhétorique, si l'on songe à la situation des étrangers capturés et détenus depuis 2001 en Afghanistan et en Iraq, dans des lieux passés sous contrôle américain.

Il n'est pas prudent d'anticiper un tel sort pour la jurisprudence *Rasul*. Il vaut mieux souligner l'importance que les six juges de la majorité⁷² ont accordée au

⁶⁹ Opinion dissidente du juge Scalia (rejoint par le Chief Justice Renquist et le juge Thomas), *Rasul v. Bush* (28 juin 2004). V. éd. électr. précitée. Le patriotisme aigri du juge Scalia semble exacerber cette fois. Il a dénoncé le renversement " irresponsable " de l'état du droit dans un domaine qui présente " une importance particulière pour nos (sic!) forces actuellement sur le terrain " et il a qualifié l'attitude de la Cour de " piège " tendu à exécutif, visant à faire de Guantánamo " un endroit fantaisiste pour héberger des détenus étrangers en temps de guerre ". Par ailleurs, le juge Scalia semble déterminé à montrer son état d'esprit, lorsqu'il clôt son opinion dissidente par la formule sèche " I dissent ", au lieu de la formule traditionnelle de bienséance " I respectfully dissent ".

⁷⁰ V. notamment le commentaire de l'arrêt *Rasul v. Bush* dans la très prestigieuse *Harvard Law Review*, 2004, vol. 118, n°1, p. 396-406.

⁷¹ *Rasul v. Bush*, (28 juin 2004), op. diss. (Scalia), Part II. V. éd. électr. précitée.

⁷² *Rasul v. Bush*, (28 juin 2004), op. de la Cour (Stevens), notam. Part IV ; op. concordante (Kennedy). V. éd. électr. précitée. La tentative du juge Kennedy de circonscrire la *ratio decidendi* est particulièrement intéressante. Pour ce juge, le précédent *Eisentrager* aurait simplement tenté de délimiter le champ de compétence des autorités politiques et des tribunaux en période de crise majeure, voire de guerre déclarée. Ce précédent aurait simplement suggéré qu'il existe un domaine d'affaires militaires relevant de l'autorité politique et soustrait au contrôle des tribunaux. De ce point de vue, *Eisentrager* n'aurait pas dû être écarté en l'espèce. Il devrait par contre être pris comme base pour apprécier la qualité politique, voire militaire, des intérêts en présence et le rôle corrélatif des tribunaux. Pour le juge Kennedy les faits déterminants seraient au nombre de deux, faisant pencher la balance, en l'espèce, en faveur des droits des détenus de Guantánamo et au détriment des nécessités militaires invoquées par l'Administration. D'une part, la base est sous contrôle américain, continu et incontestable. D'autre part, la détention indéterminée des captifs de Guantánamo, sans mise en examen ni inculpation et sans perspective de jugement, aurait affaibli progressivement la nécessité militaire qui avait pu justifier leur internement en même temps qu'elle aurait renforcé l'exigence d'une protection effective de la liberté individuelle. La compétence des juridictions américaines pour

statut particulier de la base de Guantánamo, et notamment à la perspective d'un contrôle américain illimité et incontestable sur ce territoire, au vu de la présence séculaire des forces américaines et de la reconduite presque automatique de la location américaine sur la baie cubaine... On pourrait présumer logiquement que, si l'Administration américaine était amenée à créer un nouveau camp d'internement lors d'opérations militaires futures sur un territoire occupé, la Cour suprême serait de nouveau appelée à clarifier son statut et à préciser si la protection de l'*habeas corpus* s'étend même sur des lieux de détention qui appartiennent clairement à des pays étrangers⁷³.

En attendant la prochaine saisine des tribunaux américains en cette matière, les autorités américaines sont prévenues. Ceci est peut être le sens de la réticence de la Cour suprême à donner une portée plus explicite à son raisonnement dans l'arrêt *Rasul*. L'initiative appartient à l'Administration, pour éviter un nouveau Guantanamo et une nouvelle censure peut être...

2. L'évitement du conflit ouvert avec l'exécutif

La mise en garde de l'Administration est beaucoup plus explicite dans le cas des nationaux détenus sur le sol américain. Le refus de la Cour suprême de statuer au fond dans l'affaire *Rumsfeld v. Padilla*⁷⁴ montre clairement l'intention de la Cour d'interpeller les autorités militaires sur le sort des citoyens détenus et d'éviter la confrontation frontale avec celles-ci.

L'affaire *Padilla* concernait également la détention d'un citoyen américain suspecté de terrorisme, mais capturé sur le sol américain et non dans le cadre d'opérations militaires, comme *Hamdi*. La Cour suprême a invoqué certains obstacles procéduraux qui l'empêchaient de se prononcer au fond. En effet, l'invocation d'un pouvoir illimité de détention au profit de l'exécutif était beaucoup plus radicale dans le cas de *Padilla* que dans celui de *Hamdi*, parce que le premier était capturé sur le sol américain, loin de zones de combat et en période de paix civile. Comme on a pu le relever, si la Cour acceptait de se prononcer au fond, elle serait nécessairement amenée à "sanctionner fermement les errements de l'Exécutif"⁷⁵.

Néanmoins, dans sa recherche de l'adhésion des autorités politiques, la Cour suprême est amenée à relativiser certaines garanties constitutionnelles de procédure et à compromettre sa fonction essentielle de gardienne des libertés dans le système constitutionnel américain.

La mise en balance des intérêts sécuritaires invoqués par le Gouvernement et des droits fondamentaux de procédure des détenus aboutit finalement à privilégier les premiers au détriment des seconds.

La Cour admet ainsi que les droits constitutionnels des détenus à contester les faits qui leur sont reprochés et leur statut de « combattants ennemis » lors d'une audience contradictoire devant une instance judiciaire puissent subir certains aménagements. Ces derniers seraient nécessaires dans une période de crise, pour permettre la continuation des efforts militaires et pour empêcher le dévoilement de renseignements sensibles sur les suspects⁷⁶. En ce sens, la majorité relative de la Cour affirme qu'elle pourrait valider dans l'avenir une procédure devant un tribunal

connaître des demandes d'*habeas corpus* des détenus de Guantánamo aurait alors comme corollaire le recul de l'urgence militaire et du privilège de l'exécutif.

⁷³ Ainsi, PAPAIOANNOU, A. D. □□ □□□□□□□□ □□□□□□ □□ □ □□□□□ □□□□ □□ □□□□□□□□□□. Précité, p. 45.

⁷⁴ *Rumsfeld v. Padilla* (28 juin 2004), V. éd. électr. précitée.

⁷⁵ SCOFFONI, G. Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international. Précité.

⁷⁶ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. (O'Connor), Part III, C, 3. Éd. électr. précitée.

militaire, « proprement constitué »⁷⁷, ou même le renversement de la charge de preuve, au détriment des détenus, pour autant que ces derniers disposent de l'opportunité de contester les faits qui leur sont reprochés⁷⁸...

L'accommodement des garanties constitutionnelles de procédure envisagé par les juges suprêmes dans l'arrêt *Hamdi* reste, certes, hypothétique. Il soulève néanmoins des nombreuses inquiétudes concernant l'effectivité de ces garanties dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. L'attitude des juges britanniques s'avère beaucoup plus audacieuse.

II L'ATTITUDE AUDACIEUSE DES JUGES BRITANNIQUES

Six mois après les arrêts rendus par la Cour suprême américaine dans les affaires *Rasul*, *Padilla* et *Hamdi*, le Comité d'appel (*Appellate Committee*) de la Chambre des Lords rendait, le 16 décembre 2004, son arrêt dans l'affaire *A and others v. Secretary of State for the Home Department*. Les juges britanniques y ont refusé clairement le pouvoir absolu que l'exécutif revendiquait pour placer en détention indéterminée tout étranger soupçonné d'activités terroristes et préalablement qualifié de " *suspected international terrorist* " ⁷⁹. En procédant à un contrôle strict de la régularité des détentions administratives au regard de l'urgence invoquée, les juges britanniques se sont départis de leur réserve traditionnelle en temps de crise ; ils se sont affirmés en tant que garants essentiels de la liberté individuelle dans le nouveau contexte de la lutte contre le terrorisme (A). Leur démarche a profité largement de l'euphorie de la libéralisation interne, sous l'effet de l'incorporation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le droit britannique par le *Human Rights Act* 1998 (B).

A. L'affirmation des juges britanniques comme garants de la liberté en période de crise : l'affaire des détenus étrangers, *A and others v. Secretary of State for the Home Department*

Au lendemain du 16 décembre 2004, date à laquelle les *Law Lords* britanniques ont désapprouvé la détention indéterminée des étrangers suspectés de terrorisme, on parlait déjà de l'un des arrêts les plus importants de ces cinquante dernières années⁸⁰. Rendu par une formation exceptionnelle de neuf *Law Lords*, au lieu des cinq siégeant habituellement, l'arrêt " A " affirme sans ambiguïté que, même lorsque le gouvernement invoque les plus hautes nécessités militaires, il appartient aux juges de veiller scrupuleusement à la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux et notamment de la liberté individuelle. Selon les termes employés par le Lord Bingham, " la fonction des juges indépendants pour interpréter et appliquer le Droit est reconnue universellement comme un trait essentiel de la Démocratie moderne et comme l'un des fondements de l'état de droit lui-même " ⁸¹. Le caractère novateur d'un tel raisonnement (2) est mieux apprécié à

⁷⁷ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. (O'Connor), Part III, D. Éd. électr. précitée.

⁷⁸ *Hamdi v. Rumsfeld* (28 juin 2004), op. (O'Connor), Part III, C, 3. Éd. électr. précitée.

⁷⁹ *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (2004) UKHL 56. Selon la loi britannique antiterroriste de 2001 (*Antiterrorist, Crime and Security Act*), le Ministre de l'Intérieur peut certifier quelqu'un en tant que " terroriste international soupçonné " sur la base de simples soupçons " raisonnables ". (Section 21 (1): "... if the Secretary of State reasonably a) believes that the person's presence in the United Kingdom is a risk to national security, and b) suspects that a person is a terrorist " ...].

⁸⁰ DYER, C., WHITE, M. and TRAVIS A. Judges' verdict on terror laws provokes constitutional crisis. *The Guardian*, 17 déc. 2004.

⁸¹ *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Bingham), n°42. V. éd. électr. précitée : " The function of independent judges to interpret and to apply the law is universally

la lumière de la traditionnelle réserve des juges britannique en période de crise majeure (1).

1. Une affirmation inattendue

Rien ne prédisposait les juges britanniques à émettre un arrêt aussi audacieux que celui qu'ils ont rendu dans l'affaire des terroristes présumés, détenus dans les prisons de haute sécurité de Belmarsh et de Woodhill. En effet, sur la terre même de la *Magna Carta*, depuis longtemps, la sauvegarde de la liberté avait cessé d'être aussi prioritaire que ce grand texte l'impliquait. Les juges britanniques s'étaient montrés extrêmement respectueux vis-à-vis des intérêts sécuritaires invoqués en période de crise majeure, alors qu'ils avaient œuvré pendant des siècles pour élaborer les voies de recours nécessaires à la préservation de la liberté (notamment celle de l'*habeas corpus*). On peut songer au contentieux des détentions administratives des personnes soupçonnées d'affinités avec l'ennemi pendant les deux Guerres Mondiales⁸² ou à la confiance inconditionnée que les juges ont accordée au gouvernement dans la gestion de la crise irlandaise, notamment dans les deux premières décennies du XX^e siècle⁸³. Force est de constater que la balance judiciaire entre la sécurité et la liberté a presque toujours penché du côté de la sécurité⁸⁴.

Les préoccupations sécuritaires l'ont encore emporté lorsque l'affaire des détenus de Belmarsh et de Woodhill est arrivé devant les juges de première instance et d'appel. Ceux-ci ont été appelés à statuer sur la régularité de la détention administrative illimitée des étrangers suspectés de terrorisme, en application de la Loi antiterroriste de 2001, l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act*.

Selon cette Loi, le Ministre de l'Intérieur peut "certifier" certaines personnes en tant que "terroristes internationaux présumés", lorsqu'il a des raisons de croire que leur présence au Royaume-Uni est dangereuse pour la sécurité nationale ou lorsqu'il soupçonne que ces mêmes personnes sont des terroristes. En raison d'un arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH), rendu contre le Royaume-Uni dans l'affaire *Chahal* (1996)⁸⁵, il est impossible d'expulser quelqu'un vers un pays où il risque de subir la torture ou d'autres traitements inhumains et dégradants. Ces traitements sont absolument interdits par l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) et cette interdiction reste

recognised as a cardinal feature of the modern democratic state, a cornerstone of the rule of law itself". [Traduction par nos soins].

⁸² V. les arrêts de principe *R. v. Halliday Ex p. Zadig* (1917) A. C. 260, et *Liversidge v. Anderson* (1942) A. C. 206. Dans les deux cas, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration de placer en détention indéterminée les suspects avait été validé sur la base d'autorisations législatives extrêmement larges et sans la moindre appréciation judiciaire du bien-fondé des soupçons évoqués, ni même de leur raisonnablement. V. par exemple, *R. v. Halliday Ex p. Zadig* (1917) A. C. op. (Lord Chancellor Finlay), p. 268-269 : "... it may be necessary in time of great public danger to entrust great powers to His Majesty in Council, and (...) Parliament may do so feeling certain such powers will be reasonably exercised". *Liversidge v. Anderson* (1942) A. C. op. (Lord Macmillan), p. 257 : "At a time when it is undoubted law of the land that a citizen may by conscription or requisition be compelled to give up his life and all that he possesses for his country's cause it will be no matter for surprise that there should be confided to the Secretary of State a discretionary power of enforcing the relatively mild precaution of detention".

⁸³ L'utilisation de la *Regulation 14B*, adoptée en 1915 pour permettre la détention indéterminée des étrangers ennemis, a été étendue ensuite aux citoyens d'origine irlandaise, après la révolte de 1916. Les tribunaux britanniques se sont encore fiés à la bonne foi de l'exécutif dans l'appréciation de l'urgence et dans sa gestion. V. notamment, les arrêts *R. v. Governor of Wormwood Scrubbs Prison* (1920) 2 KB 305 et *Braddy v. Gibb* (1921) 37 TLR 975 [cités in BINGHAM, T. *Personal Freedom and the Dilemma of Democracies*. ICLQ, 2003, vol. 52, p. 848-849].

⁸⁴ V. en ce sens, BINGHAM, T. *Personal Freedom and the Dilemma of Democracies*. *Précité*, p. 846-853 ; EWING, K. D. *The Futility of the Human Rights Act*. *Public Law* (dorénavant *PL*), 2004, p. 834-836.

⁸⁵ Cour EDH, *Chahal c/ R.-U.*, 15 nov. 1996, notamment §§79-80..

absolue, même dans l'hypothèse d'une expulsion. Certes, l'article 5§1f de la CEDH prévoit la possibilité d'une privation de liberté lorsqu'une "procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours". Mais cette hypothèse est exclue, même pour des terroristes présumés, si l'expulsion vers un autre pays est impossible à cause de la jurisprudence *Chahal*.

De fait, il ne restait au Gouvernement britannique qu'une seule voie pour neutraliser les terroristes présumés : les placer en détention indéterminée, hors de toute procédure d'expulsion, après avoir dérogé préalablement aux garanties européennes de liberté individuelle, et notamment à l'article 5§1f de la CEDH. Ceci a été fait par une Ordonnance de Dérogation [*Human Rights Act (Designated Derogation) Order 2001*]⁸⁶, adoptée suivant l'article 15 de la CEDH et dans le but exprès d'autoriser l'inclusion d'un pouvoir de détention indéterminée des suspects dans la loi antiterroriste de 2001⁸⁷.

En contestant la régularité de leur placement en détention, les requérants s'attendaient peut-être à un contrôle plus rigoureux sur les circonstances exceptionnelles invoquées par le gouvernement britannique dans sa lutte antiterroriste, mais aussi sur les mesures adoptées et leur adéquation pour écarter les risques terroristes. L'incorporation de la CEDH dans le droit britannique, depuis 2000, semblait encourager leurs attentes. Néanmoins, la *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC), qui a statué en premier degré, ainsi que la Cour d'appel à sa suite, ont montré le même respect à l'égard des autorités administratives que leurs homologues des décennies précédentes. Selon les termes employés par les juges en appel, les décisions qui touchent à la sécurité nationale "exigent une légitimité qui ne peut être recherchée qu'en les confiant aux personnes dont la responsabilité est engagée dans le processus démocratique"⁸⁸ [...] "...Elles rentrent nécessairement dans la catégorie de décisions à propos desquelles la Cour est censée se plier au Ministre de l'Intérieur, car ce dernier est mieux placé pour décider quelle action est nécessaire"⁸⁹. Certes, les juges inférieurs se réclament d'un contrôle de proportionnalité, tel qu'il est exigé par l'article 15 de la CEDH, pour vérifier la régularité des mesures dérogatoires⁹⁰. Mais, immobilisés par les réflexes du passé, ils en arrivent aux mêmes solutions que leurs prédécesseurs. Ils admettent finalement que la détention illimitée des terroristes présumés est justifiée dans le contexte de la lutte contre la menace terroriste internationale et parfaitement adaptée pour y faire face.

Au lendemain de ces arrêts, certains se sont demandés si l'incorporation de la CEDH n'a pas été vaine, en fin de compte, et si la sauvegarde de l'état de droit en Grande Bretagne ne reposait pas finalement entre les mains des juges européens, seuls disposés à mettre en œuvre les garanties conventionnelles des droits

⁸⁶ SI 2001/3644.

⁸⁷ V. *Antiterrorist, Crime and Security Act 2001*, Section 23 : " 1) A suspected international terrorist may be detained under a provision specified in subsection 2) despite the fact that his removal or departure from the United Kingdom is prevented (whether temporarily or indefinitely) by a) a point of law which wholly or partly relates to an international agreement, or b) a practical consideration... ".

⁸⁸ *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (2002) EWCA Civ 1502, (2004) QB 335, n°81. [Traduction par nos soins]

⁸⁹ *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (2002) EWCA Civ 1502, (2004) QB 335, n°40. [Traduction par nos soins]

⁹⁰ *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (2002) EWCA Civ 1502, (2004) QB 335, n°64 : " Before SIAC two of whose members were senior judges and before this court, the issues raised by the respondents were examined in a way which would not have been possible before the HRA came into force. Before both tribunals the standards that the ECHR requires were applied by the SIAC and this court, but this court has concluded that applying those standards the action which has been taken by the appellant is lawful and complies with the ECHR ".

fondamentaux⁹¹. Cela montre à quel point l'arrêt que les *Law Lords* ont rendu en décembre 2004 était inattendu.

2. Une affirmation pourtant vigoureuse

En effet, la solution avancée par la majorité des Lords juges est spectaculaire.

Seul le Lord Walker a adhéré pleinement aux thèses du Gouvernement britannique. Il a estimé que le pouvoir de détention prévu dans la loi de 2001 est absolument nécessaire pour faire face à la menace terroriste et qu'il contient des garanties procédurales suffisantes pour écarter tout risque d'ingérence sur les droits fondamentaux des intéressés⁹². Logiquement, il a conclu au rejet des appels interjetés.

Mais huit Lords sur neuf ont estimé que le pouvoir accordé à l'Administration, permettant de placer en détention indéterminée les étrangers soupçonnés de terrorisme, est disproportionné au regard de l'urgence invoquée et, qu'en tant que tel, il est incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme⁹³. Par conséquent, il fallait admettre les appels des détenus de Belmarsh et de Woodhill⁹⁴ et il fallait casser l'ordonnance de dérogation à l'article 5§1 de la CEDH [*HRA 1998 (Designated Derogation) Order 2001*]⁹⁵. Les juges ont déclaré également l'incompatibilité de la Section 23 de la Loi antiterroriste avec la Convention⁹⁶, et notamment avec les articles 5 et 14 de celle-ci, dans la mesure où le pouvoir de détention illimitée est disproportionné et permet un traitement discriminatoire des personnes concernées, en fonction de leur nationalité ou de leur statut d'immigrants.

Comme devant les juges inférieurs, la question juridique posée devant les *Law Lords* portait sur la régularité du pouvoir de détention illimitée, prévu dans la loi antiterroriste de 2001, au regard de l'article 15 de la CEDH. Ce dernier dispose : " En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international " .

Ainsi, le contrôle judiciaire a été organisé autour de trois axes distincts. D'abord, l'existence d'une situation de " danger public menaçant la vie de la nation " , condition préliminaire pour l'applicabilité de l'article 15. Ensuite, la

⁹¹ EWING, K. D. *The Futility of the Human Rights Act*. *Précité*, p. 843.

⁹² *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Walker), n°191-218. V. éd. électr. précitée.

⁹³ V. les opinions séparées des Lords *Bingham, Nicholls, Hoffmann, Hope, Scott, Rodger* et *Carlswell* et de *Lady Hale* in *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), V. éd. électr. précitée.

⁹⁴ Tous les huit juges de la majorité (Lords *Bingham, Nicholls, Hoffmann, Hope, Scott, Rodger* et *Carlswell* et de *Lady Hale*) ont adhéré à cette partie du dispositif.

⁹⁵ Sept sur huit juges de la majorité (Lords *Bingham, Nicholls, Hope, Scott, Rodger, Carlwell* et *Lady Hale*) ont adhéré à cette partie du dispositif.

⁹⁶ Tous les huit juges de la majorité ont conclu à la disproportionnalité du pouvoir de détention des étrangers suspects pour écarter les menaces terroristes. Ils ont admis ainsi l'incompatibilité de la Section 23 de la Loi de 2001 avec le système de la CEDH (Le juge Hoffmann qui a conclu à l'inexistence de tout danger public susceptible de justifier la détention dérogatoire de suspects a estimé qu'un aussi large pouvoir de détention serait en tout cas incompatible avec la tradition constitutionnelle britannique. V. éd. électr. précitée, point n°97). Mais tous n'ont pas souscrit à la proposition du juge Bingham en faveur d'une déclaration d'incompatibilité de la loi avec les articles 5 et 14 de la CEDH. Cette proposition a reçu l'approbation explicite des juges Bingham, Hope et Rodger (V. éd. électr. précitée, points n°73, 139 et 190 respectivement). Pour le juge Scott, une éventuelle déclaration d'incompatibilité devrait porter sur l'article 15 de la CEDH (V. éd. électr. précitée, point n°160) et pour Lady Hale sur le seul article 5 de la CEDH (V. éd. électr. précitée, point n°239).

proportionnalité des mesures dérogatoires au regard de la situation d'urgence invoquée, étant donné que, selon l'article 15, la dérogation ne doit pas excéder " la stricte mesure où la situation l'exige ". Enfin, la non-contradiction des mesures dérogatoires " avec les autres obligations découlant du droit international " et notamment avec celle de non-discrimination.

En ce qui concerne la première question, sept juges de la majorité sur huit ont consenti qu'une situation de " danger public " existait au Royaume-Uni, suite aux attentats du 11 septembre 2001 et à l'engagement consécutif du gouvernement britannique dans la guerre contre le terrorisme aux côtés des États-Unis. Pour arriver à cette conclusion, ils ont tenu compte de la jurisprudence de la Cour EDH et notamment de la large marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales pour apprécier l'urgence d'une situation exceptionnelle, avant de procéder à des mesures dérogatoires⁹⁷. Mais ce qui a certainement pesé le plus dans cette appréciation fut le caractère in conventionnel de la menace terroriste internationale, susceptible de se réaliser n'importe où, n'importe quand et à travers n'importe qui. L'appréciation de l'imminence d'une telle menace exige des jugements délicats et le traitement de données et de renseignements souvent sensibles et complexes. Pour ces raisons, elle appartient à la catégorie de questions qui relèvent plus du domaine politique que du domaine judiciaire⁹⁸. Bien qu'aucun juge de la majorité n'ait admis qu'il s'agisse d'une " question politique " soustraite à tout contrôle judiciaire, ils ont tous reconnu la compétence de principe, en cette matière, des branches politiques et notamment de l'Exécutif⁹⁹.

Avançant de cette première question liminaire vers la seconde, les Lords juges allaient sortir pourtant de leur réserve pour affirmer pleinement le rôle de garants des libertés fondamentales que leur accorde l'incorporation de la CEDH dans le système constitutionnel britannique. La question de la proportionnalité du pouvoir de détention illimitée des suspects, au regard du danger terroriste, appelait un contrôle judiciaire poussé, au vu de la fundamentalité du droit menacé et de la profondeur des atteintes susceptibles de se produire.

De ce point de vue, les Lords juges ne pouvaient que rejeter la thèse du Gouvernement britannique, qui les invitait à reconnaître la nature " politique " de la question et à se résigner à un contrôle minimum laissant intouchables les appréciations discrétionnaires des autorités démocratiquement élues. S'il est certain que l'on doit reconnaître une sphère de jugements discrétionnaires, qui relève de la compétence des branches politiques du gouvernement, il existe également une sphère de questions qui ne peuvent pas être abandonnées à la discrétion des hommes politiques parce qu'elles touchent aux libertés et droits fondamentaux des personnes¹⁰⁰. L'on peut concéder facilement une marge

⁹⁷ V. en ce sens, le passage en revue des arrêts de principe *Lawless v. Ireland* (1961), *Ireland v. United Kingdom* (1978), *Brannigan and Mc Bride v. United Kingdom* (1993), *Aksoy v. Turkey* (1996) et *Marshall v. United Kingdom* (2001) dans l'opinion du Lord Bingham. *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Bingham), n°17-18 *Éd. électr. précitée*.

⁹⁸ *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Bingham), n°29; op. (Hope), n°116; op. (Scott), n°154 (accordant au Ministre de l'Intérieur " le bénéfice du doute "); op. (Rodger), n°165-166; op. (Hale), n°226. *V. Éd. électr. précitée*.

⁹⁹ Seul le juge Hoffmann s'est séparé de ses collègues de la majorité pour juger que, aussi importante que soit la menace du terrorisme islamiste, elle ne remet pas en cause " la vie de la nation " au sens de l'article 15. Et le Lord Hoffmann d'écrire : " *This is a nation which has been tested in adversity, which has survived physical destruction and catastrophic loss of life. I do not underestimate the ability of fanatic groups of terrorists to kill and destroy, but they do not threaten the life of the nation. Whether we would survive Hitler hung in the balance, but there is no doubt that we shall survive Al-Qaeda...* ". *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Hoffmann), n°96. *Éd. électr. précitée*.

¹⁰⁰ *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Bingham), n°36 et s. *Éd. électr. précitée*.

d'appréciation au profit des branches politiques du gouvernement pour gérer les questions sociales controversées, mais il sera extrêmement difficile de procéder de cette façon lorsqu'on touche aux droits fondamentaux des personnes, et notamment à celui qui est considéré de tous temps comme le plus sacré : la liberté individuelle.

En effet, la fundamentalité des droits, qu'elle soit constitutionnelle ou conventionnelle, signifie ceci : soustraire certains intérêts jugés prépondérants aux vicissitudes de la controverse politique, les placer au-dessus de la compétence des majorités changeantes, les élever en principes juridiques suprêmes, applicables en tous lieux et en toutes circonstances¹⁰¹. Le contrôle judiciaire est le corollaire nécessaire de la garantie des droits.

Dans le système de la CEDH, le droit à ne pas être privé de sa liberté de manière arbitraire revêt un caractère fondamental, qui résulte de l'article 5. Et la compétence des juges nationaux pour garantir sa sauvegarde résulte de l'économie du système européen de contrôle. Comme certains Lords juges l'ont relevé¹⁰², le caractère subsidiaire du système conventionnel n'anéantit pas mais présuppose le contrôle effectif au niveau national. La déférence que la Cour EDH accorde aux appréciations des autorités nationales, en matière de mise en œuvre des droits et libertés conventionnels, implique un contrôle poussé des tribunaux nationaux. En ce sens, le juge européen n'a pas hésité à juger insuffisant le contrôle de rationalité que les tribunaux britanniques exercent traditionnellement. Et il a donc déclaré que, pour être effectif, le contrôle judiciaire doit être d'une intensité équivalente à celle du contrôle européen¹⁰³.

Il en résulte que les tribunaux britanniques sont habilités à exercer un contrôle poussé de proportionnalité pour apprécier si le pouvoir de détention illimitée des suspects est strictement nécessaire pour faire face à la menace terroriste. Qui plus est, le contrôle judiciaire doit être d'autant plus strict que l'ingérence dans la liberté individuelle est grave. En l'espèce, la détention administrative indéterminée des étrangers suspectés entraîne l'intensification du contrôle judiciaire et augmente l'exigence de justification à charge des autorités détentrices¹⁰⁴.

Au vu d'un standard de contrôle aussi élevé, il n'est pas étonnant que la Section 23 de la loi antiterroriste 2001 ait été jugée disproportionnée pour répondre aux défis de la menace terroriste internationale. Les éléments suivants auraient pesé particulièrement dans l'appréciation de la proportionnalité : la sélectivité de la mesure de détention illimitée (au détriment des seuls suspects étrangers et à l'exclusion expresse des citoyens britanniques), la possibilité même que les terroristes certifiés quittent le territoire britannique et l'inclusion possible dans la portée de la loi de personnes non liées à Al Qaeda¹⁰⁵.

Corollaire de sa dimension disproportionnée, la sélectivité du pouvoir de détention, en fonction de la nationalité des suspects, rendait cette mesure discriminatoire et donc incompatible avec l'article 14 de la CEDH. Elle renforçait en même temps son incompatibilité avec l'article 15, dans la mesure où elle entraînait en contradiction avec la clause de non-discrimination contenue dans divers instruments internationaux ratifiés par le Royaume-Uni.

¹⁰¹ FAVOREU, L. ET ALII. *Droit des libertés fondamentales*. Paris : Dalloz, coll. Précis, 2e éd. 2002, p. 74 et s. et notamment p. 76 et 80.

¹⁰² V. notamment *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Bingham), n°40-41; op. (Hope), n° 131. *Éd. électr. précitée*.

¹⁰³ V. Cour EDH, *Smith et Grady c/R.-U.*, 1999.

¹⁰⁴ V. notamment *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Rodger), n°178. *Éd. électr. précitée*.

¹⁰⁵ V. notamment *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, (16 déc. 2004), op. (Bingham), n°33 et s. *Éd. électr. précitée*.

B. Une affirmation facilitée par l'eupéanisation du contrôle judiciaire

Une récusation aussi explicite de la déférence due aux branches politiques en matière de sécurité nationale n'aurait jamais pu avoir lieu, si les garanties conventionnelles des droits fondamentaux n'avaient pas été préalablement « incorporées » dans le droit britannique, sous l'effet de la Loi sur les Droits de l'Homme, la célèbre *Human Rights Act (HRA)* de 1998. Certes, cette loi n'a pas rejeté le modèle dicéen de Constitution qui place la souveraineté parlementaire au sommet de la Constitution britannique. Mais en plaçant les droits fondamentaux au centre du système britannique, elle a opéré une profonde transformation de celui-ci en une « démocratie fondée sur des droits », en même temps qu'elle a déclenché une évolution des rapports des tribunaux et des branches politiques du gouvernement, allant de l'assujettissement des premiers aux seconds vers un dialogue démocratique entre eux. Incontestablement, la figure du juge sort renforcée de cette « révolution tranquille » en cours. L'arrêt des *Law Lords* dans l'affaire « A » en est une illustration parfaite.

1. L'émergence d'une « démocratie fondée sur les droits » sous l'effet du *Human Rights Act* 1998

L'adoption par le Parlement britannique en 1998 de la Loi sur les droits de l'homme (*Human Rights Act*) a été considérée comme une des réformes constitutionnelles les plus importantes jamais effectuées au Royaume-Uni¹⁰⁶. Et elle l'a effectivement été.

Malgré sa forme législative, la loi « incorporant » les garanties conventionnelles des droits fondamentaux a une dynamique constitutionnelle certaine. Destinée à donner davantage d'effectivité aux droits et libertés garantis dans la CEDH, le HRA organise avant tout des mécanismes d'invocation de la CEDH devant les juridictions et les autorités britanniques¹⁰⁷.

Sous l'effet du HRA, les droits fondamentaux sont garantis en termes positifs de permissions d'agir, au bénéfice de toutes les personnes relevant de la compétence des autorités britanniques. Cette approche rompt avec la approche négative des libertés en *common law*, qui part du principe selon lequel la liberté de chacun consiste à faire tout ce qui n'est pas interdit par la loi. En ce sens, le HRA aurait transformé le système constitutionnel britannique en une « démocratie fondée sur des droits »¹⁰⁸. Cette transformation a par ailleurs des implications majeures sur l'équilibre des pouvoirs politiques et judiciaire. En effet, l'approche positive et substantielle des droits renforce le rôle des tribunaux dans leur sauvegarde. A la différence de l'approche traditionnelle dicéenne, qui exigeait que les juges recherchent d'abord les restrictions apportées à la liberté avant de déterminer la portée exacte de celle-ci, sous le HRA l'accent est mis, en principe, sur le droit contesté, afin d'apprécier, ensuite, la légalité des atteintes ou restrictions qu'il a éventuellement subies¹⁰⁹.

¹⁰⁶ V. notamment BARBE, V. Le *Human Rights Act* de 1998 et la souveraineté parlementaire. R. F.D.C., 2005, n°61, p. 117-145 ; Lord IRVINE of Lairg. *The Development of Human Rights in Britain under the Incorporated Convention on Human Rights. P.L.*, 1998, not. p. 221-236; BEATSON, J. Le Royaume-Uni et la nouvelle Déclaration des droits. R.F.D.C., 2001, n°48, p. 687-694 ; FLAUSS, J. -F. *Human Rights Act* 1998 : kaleidoscope. R.F.D.C., 2001, n°48, p. 695-703.

¹⁰⁷ FLAUSS, J. -F. *Human Rights Act* 1998 : kaleidoscope. R.F.D.C., 2001, n°48, p. 696 et s.

¹⁰⁸ « *A rights based democracy* ». V. Lord IRVINE of Lairg. *The Development of Human Rights in Britain under the Incorporated Convention on Human Rights. P.L.*, 1998, p. 224-225.

¹⁰⁹ Lord IRVINE of Lairg. *The Development of Human Rights in Britain under the Incorporated Convention on Human Rights. Précité*, p. 226-227.

Le rôle des juges nationaux dans la sauvegarde des droits conventionnels est explicitement affirmé par le HRA, dont la Section 4 accorde aux cours supérieures le pouvoir de déclarer l'incompatibilité d'une loi avec la CEDH. Certes, les cours britanniques ne sont pas autorisées à écarter une loi qu'elles jugeraient incompatible avec la Convention, seul le Parlement britannique pouvant y remédier. Mais l'équilibre traditionnel des pouvoirs et la prééminence inconditionnée du Parlement sont irrémédiablement atteints, de sorte que l'on puisse parler de l'émergence d'un « modèle constitutionnel britannique pour la protection des droits »¹¹⁰ et peut être d'un « modèle britannique de contrôle de conventionnalité / constitutionnalité des lois »¹¹¹.

Toujours est-il que la réforme constitutionnelle s'inscrit dans le paysage britannique et relève de la même conception respectueuse des traditions, qui a toujours caractérisé l'évolution du système constitutionnel britannique¹¹². La nouvelle démocratie fondée sur les droits devra donc nécessairement composer avec la souveraineté parlementaire qui est simplement limitée. La sauvegarde des droits passera donc nécessairement par la collaboration des juges et des hommes politiques.

2. L'intensification du contrôle judiciaire interne

Comme de nombreux commentateurs l'avaient relevé¹¹³, l'incorporation de la CEDH dans le droit britannique allait « exposer » plus directement le juge britannique devant la Cour européenne. En raison de son obligation à tenir compte de la jurisprudence de Strasbourg et à appliquer les mêmes techniques d'interprétation que les juges européens, le juge britannique ne saurait désormais tirer argument de sa traditionnelle déférence à l'égard des branches politiques pour éviter de donner pleinement effet aux garanties conventionnelles des droits fondamentaux.

L'exemple le plus significatif de la transformation du contrôle judiciaire sous l'effet de la CEDH concerne l'abandon du standard déférent traditionnellement appliqué sur l'activité administrative, au profit d'un contrôle de proportionnalité propre à assurer que l'ingérence sur les droits garantis n'excède pas ce qui est « strictement nécessaire » pour atteindre les objectifs publics poursuivis par l'Administration. Sous le standard traditionnel, dit standard *Wednesbury*¹¹⁴ un acte administratif relevant du pouvoir discrétionnaire de l'Administration ne serait invalidé que s'il était totalement déraisonnable ou irrationnel, de sorte qu'aucun décideur raisonnable n'aurait pu l'adopter.

Malgré la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales, un standard de légalité aussi bas que celui de « l'irrationalité » n'aurait pas pu survivre au contrôle du juge européen. Ce dernier a à plusieurs reprises affirmé que « la marge nationale d'appréciation va de pair avec un contrôle européen »¹¹⁵. La Cour ne se borne pas à vérifier si l'Etat a usé de son pouvoir d'appréciation « de bonne foi, avec soin et de manière sensée », mais vérifie également si la décision contestée a été fondée sur une appréciation acceptable des faits pertinents et si l'ingérence

¹¹⁰ BEATSON, J. Le Royaume-Uni et la nouvelle Déclaration des droits. *R.F.D.C.*, 2001, n°48, p. 692; CLAYTON, R. Judicial deference and “democratic dialogue” : the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998. *P.L.* 2004, p. 33 et s.

¹¹¹ FLAUSS, J. –F. *Human Rights Act* 1998 : kaleidoscope. *R.F.D.C.*, 2001, n°48, p. 700.

¹¹² BARBE, V. Le Human Rights Act de 1998 et la souveraineté parlementaire. *R. F.D.C.*, 2005, n°61, p. 126-145.

¹¹³ FLAUSS, J. –F. *Human Rights Act* 1998 : kaleidoscope. *R.F.D.C.*, 2001, n°48, p. 698 ; Lord IRVINE of Lairg. The Development of Human Rights in Britain under the Incorporated Convention on Human Rights. *Précité*, not. p. 232 et s.

¹¹⁴ Du nom d'une des parties dans l'affaire qui a consacré ce standard, *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* (1948) K. B. 223.

¹¹⁵ Cour EDH, *Handyside c/R.-U.* (1976), § 49.

n'excède pas ce qui est logiquement nécessaire pour atteindre les buts légitimes poursuivis¹¹⁶.

En application à ces principes, le juge européen a explicitement désavoué le standard *Wednesbury* dans l'affaire *Smith et Grady C/ R.-U.* (1999), en estimant que le seuil à partir duquel les cours nationales pourraient considérer que la réglementation litigieuse était « irrationnelle » ou « déraisonnable » « a été placé si haut qu'il a effectivement exclu toute considération ... sur le point de savoir si l'ingérence dans les droits des parties répondait à un besoin social pressant ou était proportionnée aux buts de sécurité nationale et d'ordre public poursuivis » par le gouvernement. Il est significatif que dans la même affaire, les juges britanniques avaient explicitement lié leur réserve au fait que la CEDH ne faisait pas partie, à l'époque, du droit britannique : « Si la Convention faisait partie de notre droit (...) alors la question relèverait en principe de notre appréciation (...); l'équilibre constitutionnel changerait. Mais ce n'est pas le cas. Tenue d'exercer sa compétence en second, cette cour est obligée de se comporter avec réserve, même dans le contexte des droits de l'homme »¹¹⁷.

Après l'incorporation de la CEDH les tribunaux britanniques ne sauraient plus invoquer les contraintes institutionnelles qui les condamnent à un rôle résiduel. Ils devaient au contraire tirer toutes les conséquences de cette révolution juridique, en accordant leur contrôle aux standards plus élevés, prescrits par le droit conventionnel.

L'arrêt des *Law Lords* du 16 décembre 2004 s'inscrit dans cette démarche. L'abandon de la traditionnelle déférence judiciaire en matière de sécurité nationale et d'ordre public est le corollaire de la promotion des juges britanniques en garants principaux des droits fondamentaux dans le système conventionnel. Selon les termes employés par un *Law Lord*, « lorsque la Cour européenne se réfère à la marge d'appréciation accordée à l'appréciation du Gouvernement britannique, elle suppose que cette appréciation fera l'objet d'un contrôle strict au niveau nationale »¹¹⁸. Autrement dit, la subsidiarité du mécanisme judiciaire de la CEDH ne peut pas avoir comme effet de baisser le niveau de protection des droits fondamentaux à l'intérieur des Etats. Elle est au contraire le moyen principal pour imprégner les ordres juridiques internes des valeurs et des standards conventionnels, dans le but d'aboutir à une protection plus effective de droits garantis.

¹¹⁶ V. not. Cour EDH, *Vogt c/ Allemagne* (1996), § 52. V. aussi, SUDRE, F. ET ALII. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Paris : P.U.F., coll. Themis, 2003, n° 7, p. 62 et s.

¹¹⁷ *R. v. Ministry of Defense, ex p. Smith* (1996) Q. B. , p. 541.

¹¹⁸ *A and others v. Secretary of State for the Home Department* (16 déc. 2004), op. (Hope), n°131. Ed. électr. Précitée.