

**La guerre contre le terrorisme :
John Yoo, architecte juridique de l'Administration Bush**

Ghislain Benhessa

Docteur en droit, Institut de Recherches Carré de Malberg,
chargé d'enseignement à l'Université de Strasbourg

Résumé : *À la suite des attentats du 11 septembre 2001, l'Administration Bush a adopté une série de mesures pour faire face à la menace terroriste. John Yoo, membre de l'Office of Legal Counsel, a été l'un des architectes de l'armature juridique nécessaire à la défense de la sécurité nationale. Controversé, connu pour ses positions radicales, le juriste a défendu la dénomination de « guerre contre le terrorisme », ce qui permettait au Président George W. Bush, en qualité de Commander in Chief des armées des États-Unis, d'accroître le champ d'action de l'institution présidentielle. violemment critiqué pour sa défense des interrogatoires coercitifs et son interprétation extensive des pouvoirs de l'exécutif, John Yoo revendique l'héritage des Pères fondateurs et inscrit sa théorie dans la continuité de l'histoire politique et constitutionnelle du pays.*

1. Les attentats du 11 septembre 2001 ont profondément choqué les États-Unis. Le pays, épargné par de telles attaques étrangères jusqu'à cette date¹, a subi une onde de choc d'une ampleur sans précédent, qui a durablement marqué les consciences². L'Administration Bush se trouve dès lors plongée dans une situation d'une extrême gravité, contrainte d'adopter les décisions adéquates pour y faire face. Il s'agit de rassurer la population³ et d'adopter les mesures nécessaires à la prévention de nouvelles attaques. Comme le rappelle Diane Feinstein, Présidente de la Commission sur le Programme de détention et d'interrogatoire de la CIA, dont le rapport a été rendu public au mois de décembre 2014 : « *Nous nous attendions à d'autres attentats contre notre pays* »⁴. C'est pourquoi l'Administration Bush choisit d'adopter des dispositifs de grande ampleur, à l'image du célèbre *USA Patriot Act*⁵, qui a cristallisé, à lui seul, l'attention des médias et de la doctrine. En France, la récente loi sur le

¹ De nombreux auteurs américains, de sensibilités bien distinctes, mettent l'accent sur le caractère inédit d'une telle frappe : « *There had been terrorist attacks in the continental United States before, but they were home grown terrorists-like Timothy McVeigh-with domestic grievances* », Waldron Jeremy, *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 1.

² Arthur Herman compare, sur le plan symbolique, les attentats de 2001 avec l'attaque des Japonais dans la baie de Pearl Harbor et l'assassinat de John Fitzgerald Kennedy : « *Like Pearl Harbor and the assassination of JFK, 9/11 will be forever etched on the American cultural consciousness* », Herman Arthur, « *9/11 in its historical context* », in Reuter Dean & Yoo John (dir.), *Confronting Terror. 9/11 and the Future of America National Security*, New York, Encounter Books, 2011, p. 37.

³ Les attentats de 2001 ont donné naissance à un contexte de terreur diffuse, comme le rappelle le rapport parlementaire sur la pratique de la torture : « *Il faut se souvenir de la peur qui régnait à la fin de l'année 2001, et du fait que la menace paraissait immédiate. Une semaine seulement après les attaques du 11-Septembre, de la poudre d'anthrax était envoyée à divers médias et à deux sénateurs américains. L'opinion publique était sous le choc de la révélation de ces nouveaux complots terroristes et du relèvement des niveaux d'alerte représentant le risque terroriste* », *La CIA et la Torture. Le rapport de la commission sénatoriale américaine sur les méthodes de détention et d'interrogatoire de la CIA*, trad. M. Berrée, L. Bury, C. Coen, A. Forterre-de Monicault, D. Haas, Les Arènes, Paris, 2015, p. 48.

⁴ *Ibid.*

⁵ Le *USA Patriot Act* est l'acronyme de la loi anti-terroriste intitulée « *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* », adoptée par le Congrès et signée par le Président des États-Unis, George W. Bush, le 26 oct. 2001.

renseignement a suscité un débat similaire, relatif à la stratégie de surveillance généralisée⁶. Le gouvernement américain a donc immédiatement réagi, dans le cadre de ce que le Président George W. Bush a nommé la *War on Terror*, c'est-à-dire la guerre contre le terrorisme. Pour le chef de l'exécutif, il ne fait aucun doute que les groupes terroristes, tels qu'Al-Qaïda, directement responsable des attaques du 11 septembre, ont déclaré la guerre aux États-Unis. C'est donc sur le terrain de la guerre que la situation doit être appréhendée et l'ennemi combattu⁷.

2. Derrière ce discours politique se cache une armature juridique construite et défendue par des juristes proches, directement ou indirectement, de la Maison Blanche. L'un des plus influents est incontestablement John Yoo, membre de l'*Office of Legal Counsel* entre 2001 et 2003, à présent Professeur à l'Université de Berkeley. Célèbre pour sa participation au *Mémoire* du 1^{er} août 2002 relatif aux méthodes d'interrogatoire pratiquées par la CIA⁸ et pour son interprétation des pouvoirs présidentiels en situation de crise⁹, John Yoo est devenu « le plus important théoricien de la Constitution du 11 Septembre », selon les mots de Cass Sunstein¹⁰. L'influence de John Yoo sur la politique de l'Administration républicaine a conduit le *New York Times* à requalifier la Présidence Bush en « Présidence Yoo¹¹ ». Une analyse de la stratégie adoptée à la suite des attaques ne peut donc faire l'économie d'une plongée dans ses écrits. Juriste au sein de l'*Office of Legal Counsel*, un bureau en étroite collaboration avec le département de la Justice, il a développé et défendu vigoureusement les choix juridiques et l'argumentation théorique de l'Administration républicaine¹². De plus, sa proximité avec la « philosophie constitutionnelle » (selon ses propres termes) du Président¹³ explique sa nomination à l'*Office of Legal Counsel*, malgré son très jeune âge et la radicalité de ses positions¹⁴.

⁶ À la suite des attentats de Charlie Hebdo, le gouvernement français a immédiatement annoncé la mise en chantier d'une loi sur le renseignement. De nombreux médias ont alors fait référence au *Patriot Act* pour le comparer avec le projet de loi français. V. Follorou Jacques & Johannès Franck, « La tentation d'un "Patriot Act" à la française », *Le Monde*, 12 janv. 2015. Le *New York Times* relaie ces mêmes interrogations, de l'autre côté de l'Atlantique, relatives à la loi française (v. par ex. l'éditorial « The French Surveillance State », *New York Times*, 31 mars 2015).

⁷ « I know that some people question if America is really in a war at all (...). After the chaos and carnage of September the 11th, it is not enough to serve our enemies with legal papers. The terrorists and their supporters declared war on the United States, and war is what they got », George W. Bush, Discours sur l'état de l'Union, 20 janv. 2004, cité par Ackerman Bruce, *Before the Next Attack, Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 58.

⁸ Bybee Jay S. (*Assistant Attorney General*), « Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President », Office of Legal Counsel, 1^{er} août 2002.

⁹ John Yoo déploie son analyse dans plusieurs articles et ouvrages; not. « The Continuation of Politics by Other Means : The Original Understanding of War Powers », *California Law Review*, vol. 4, n° 2, 1996 ; *Crisis and Command. A History of Executive Power from George Washington to the Present*, New York, Kaplan Publishing, 2011.

¹⁰ Sunstein Cass R., *The 9/11 Constitution*, cité par Alexander Janet C., « John Yoo's War Powers : The Law Review and the World », *California Law Review*, vol. 100, 2012, p. 336.

¹¹ *Ibid.*, p. 337.

¹² John Yoo souligne lui-même sa position : « C'était mon job, dit-il. J'étais le juriste et j'avais un client », cité dans Lesnes Corine, « États-Unis : le président Obama affronte le piège de la "guerre" antiterroriste », *Le Monde*, 22 janv. 2010.

¹³ « As a deputy to the assistant attorney general in charge of the office, I was a Bush administration appointee who shared its general constitutional philosophy », Yoo John, *War by Other Means. An Insider's Account of the War on Terror*, New York, Atlantic Monthly Press, 2006, p. 19.

¹⁴ De nombreux auteurs se sont émus de voir un juriste aussi jeune exercer des fonctions si éminentes. Il faut d'ailleurs rappeler que John Yoo, au moment de son entrée à l'*Office of Legal Counsel*, âgé d'à peine plus de trente ans. Bruce Ackerman ne cache pas ses doutes, soulignant à la fois la jeunesse et l'extrême radicalité des positions du Professeur de Berkeley : « How was an untested young academic, with notoriously extreme views,

3. Depuis son départ de l'OLC, John Yoo a publié plusieurs ouvrages importants, largement commentés par la doctrine américaine. Trois de ses essais, au cours desquels il défend la stratégie de l'Administration républicaine face à la menace terroriste¹⁵, ont particulièrement attiré l'attention. Dans *War by Other Means*¹⁶, le Professeur Yoo défend l'idée que les États-Unis sont en guerre face à un ennemi inédit, une situation qui nécessite l'adoption de mesures exceptionnelles. Dans *The Powers of War and Peace*¹⁷, il réinterprète les pouvoirs du Président en temps de guerre grâce à sa lecture du texte constitutionnel des États-Unis et de l'intention des Pères fondateurs. Enfin, dans *Crisis and Command*¹⁸, il propose une plongée dans l'histoire du pays, au travers des diverses crises politiques qui ont nécessité l'intervention du Président, en tant que commandant en chef des armées américaines. Parallèlement, dans *Taming Globalization*¹⁹ et *Point of Attack*²⁰, John Yoo décline ses réflexions sur la guerre dans la sphère du droit international. Il défend vigoureusement le principe de souveraineté populaire, dans le premier, et critique notamment l'Organisation des Nations Unies et plus spécifiquement le Conseil de sécurité, dans le second. Ainsi, à travers ses prises de position à l'*Office of Legal Counsel*, puis dans ses ouvrages doctrinaux, John Yoo est l'un des représentants les plus actifs et emblématiques de la doctrine républicaine au lendemain du 11 septembre.

4. Toutefois, pour saisir la portée de ses analyses, il convient de préciser le rôle de l'*Office of Legal Counsel* dans le paysage institutionnel américain. Ce « bureau d'assistance juridique du département de la Justice »²¹ a pour mission principale de rendre des avis sur des sujets particulièrement délicats, qui mettent en jeu des compétences concurrentes entre les pouvoirs exécutif et législatif quant à leurs zones d'influence respectives. Le bureau est fréquemment saisi par le Président ou par l'un de ses proches conseillers, comme ce fut le cas à l'occasion de l'avis du 1^{er} août 2002 relatif aux méthodes d'interrogatoires²². L'OLC, fondamental dans l'élaboration des décisions du *Chief Executive*, est pourtant peu connu du grand public. Selon Bruce Ackerman, l'OLC a servi de point d'ancrage juridique pour le Président dans la guerre contre le terrorisme pour asseoir son autorité de commandant en chef des armées. Plus généralement, ces dernières décennies, les avis de l'OLC sont venus conférer aux interventions présidentielles une assise légale : acquis à sa cause, les juristes de l'OLC sont devenus le bras armé de la Maison Blanche, dans la sphère juridique²³.

selected to occupy such an important position (...) ? », Ackerman Bruce, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2010, p. 6.

¹⁵Pour reprendre les termes de Julian Davis Mortenson : « *In what he calls a "trilogy" of books written since leaving the Office of Legal Counsel (OLC) in 2003, Yoo has made the case that President George W. Bush's counterterrorism efforts were well grounded in both law and policy* », Mortenson Julian Davis, « Executive Power and the Discipline of History », *The University of Chicago Law Review*, vol. 78, 2011, p. 378.

¹⁶Yoo John, *War by Other Means*, *op. cit.*

¹⁷Yoo John, *The Powers of War and Peace. The Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 2005.

¹⁸Yoo John, *Crisis and Command*, *op. cit.*

¹⁹Ku Julian & Yoo John, *Taming Globalization : International Law, the U.S Constitution, and the New World Order*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2012.

²⁰Yoo John, *Point of Attack. Preventive War, International Law and Global Welfare*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

²¹Selon la traduction française proposée dans le rapport sénatorial sur la détention et la pratique des interrogatoires, *La CIA et la Torture*, *op. cit.*, p. 59.

²²Bybee Jay S. (*Assistant Attorney General*), « Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President », *loc. cit.* L'OLC fut saisi par Alberto Gonzales, conseiller juridique de George Bush lorsque ce dernier fut Gouverneur du Texas, puis membre du *White House Counsel* lors de sa présidence. Il fut ensuite nommé *Attorney General* entre 2005 et 2007.

²³Bruce Ackerman pointe du doigt la montée en puissance de deux bureaux, le *White House Counsel*, et l'*Office of Legal Counsel*, qui servent, sur un plan juridique, la Maison Blanche. « *Over the past half-century, two new*

5. Étant donné le rôle de l'*Office of Legal Counsel*, conseil juridique de l'exécutif, la nomination de John Yoo en 2001 est logique en raison de son interprétation présidentiale du texte constitutionnel. Dès 1996, le juriste s'est fait connaître pour son article « The Continuation of Politics by Other Means²⁴ », qui défend l'idée selon laquelle toute situation de crise politique grave réclame l'intervention du Président, en vertu du texte constitutionnel et de l'intention des *Founding Fathers*. Si, avant les attentats de 2001, le Professeur Yoo n'a jamais songé à « dévouer sa carrière » aux problématiques liées à la montée en puissance du terrorisme international²⁵, son interprétation du texte constitutionnel, couplée à son influence grandissante à l'*Office of Legal Counsel*, va faire de lui l'un des juristes emblématiques de la lutte anti-terroriste. Or, la radicalité de ses prises de position ont profondément agité la doctrine, notamment sa défense virulente du lexique de la « guerre contre le terrorisme ». En effet, l'usage de cette sémantique lui permet de défendre la détention indéfinie des combattants capturés ou la pratique des interrogatoires coercitifs, même si sa présentation des interrogatoires dans *War by Other Means* diffère substantiellement du rapport de la commission sénatoriale, pour des raisons probablement liées à l'opacité du fonctionnement de la CIA²⁶. John Yoo défend l'intervention directe de l'exécutif dans la guerre contre le terrorisme, suivant la ligne tracée par son article de 1996 et poursuivie à l'*OLC*. Sa défense active du concept de guerre contre le terrorisme (I) n'est finalement que la conséquence d'une lecture constitutionnelle des pouvoirs du président en tant de crise (II).

I. Les États-Unis en guerre contre le terrorisme

A) Sécurité nationale et détention indéfinie des combattants

6. Dans *War by Other Means*, John Yoo revient avec force détails sur les arguments-phares développés par l'*OLC* après le 11 septembre: le refus de l'application des conventions de Genève aux combattants terroristes ; le recours à l'assassinat ciblé ; l'adoption du *Patriot Act* ; enfin, l'usage des interrogatoires coercitifs à Guantanamo et dans les centres de détention américains établis à l'étranger. L'auteur présente ainsi les fondations juridiques de la politique républicaine et défend le bilan de l'Administration Bush, envers et contre tout.

*institutions – the Office of Legal Counsel and the White House Counsel – have vastly increased their constitutional authority. When added together, they form an elite professional corps that produces legal opinions of the highest technical quality. Indeed, many of the lawyers in these offices have previously served as law clerks for justices of the Supreme Court – an so it is hardly surprising that their opinions have the same highly polished appearance. There is one big difference : they almost always conclude that the president can do what he wants. Presidents can then publish these respectable-looking opinions to give legal legitimacy to their power grabs – and with a speed that will allow the executive's understanding of the law to shape professional opinion long before the Supreme Court gets a chance to speak. Call this "executive constitutionalism". If the president plays his card rights, he can mix political and legal legitimations into a potent combination that may silence the justices », *The Decline and Fall of the American Republic*, op. cit. p. 68.*

²⁴ « The Continuation of Politics by Other Means : The Original Understanding of War Powers », loc. cit.

²⁵ John Yoo lui-même prétend ne s'être jamais intéressé en profondeur à ces questions avant le début des années 2000 et son passage à l'*OLC* : « As an immigrant to this country, I welcomed the opportunity to serve the nation that had so generously allowed to join it, and afterward return to academia to continue working on constitutional and international questions. The last thing I wanted to do was devote my career to the study of the issues surrounding terrorism », *War by Other Means*, op. cit., p. X.

²⁶ Il semble que l'*Office of Legal Counsel*, au moment de l'élaboration des avis relatifs à la pratique des interrogatoires, ait été induit en erreur par les informations pratiques transmises par la CIA, responsable de la conduite des interrogatoires. Le point 5 du rapport est éloquent : « La CIA a fourni à plusieurs reprises des informations inexactes au département de la Justice afin d'entraver une véritable analyse juridique de son Programme de détention et d'interrogation », *La CIA et la Torture*, op. cit., p. 59.

7. Le point de départ de son analyse est le suivant : les attentats du 11 septembre constituent le déclencheur de la guerre contre le terrorisme. La violence des attaques intime d'accepter ce qu'il considère comme un état de fait²⁷. La force de frappe d'une organisation terroriste telle qu'Al-Qaïda est comparable, voire supérieure, à celle d'une armée régulière si bien qu'il n'y a plus de distinction entre la puissance militaire d'un État et celle d'une organisation terroriste d'une telle envergure. Or, si de tels dommages avaient été le résultat d'actes commis par une armée conventionnelle, aucun doute n'aurait subsisté quant à l'existence ou non d'une situation de guerre²⁸.

8. Si John Yoo reconnaît à demi-mots que la formule de *War on Terror* n'était pas la plus adéquate pour appréhender la réalité du conflit, il défend l'usage du lexique de la guerre et conteste l'analyse des opposants, pour qui l'élasticité de la formule donnait à croire que les États-Unis combattait le terrorisme dans sa globalité²⁹. Pour John Yoo, l'expression désignait expressément Al-Qaïda, un groupe dont l'objectif affiché est la destruction des États-Unis. L'expression ne visait donc pas le terrorisme en général, en tant que modalité irrégulière de la guerre, mais renvoyait au combat contre un ennemi concret, désigné, dont les ramifications et les soutiens, tant logistiques que financiers, se sont développés à l'échelle internationale³⁰.

9. De plus, si la terminologie de la guerre s'impose, c'est à cause de la nature même du conflit. En effet, pour le Professeur Yoo, la question n'est pas tant de capturer un combattant ennemi pour le traduire en justice, mais bien d'éviter qu'il ne puisse à nouveau rejoindre le groupe terroriste. Par nature, la lutte anti-terroriste porte sur l'avenir, et c'est pourquoi John Yoo la rattache à la guerre : il ne s'agit pas de condamner un individu, mais d'empêcher qu'il ne participe à une nouvelle attaque. Pour cette raison, le juriste défend le principe de la détention indéfinie :

*Once captured, an enemy combatant can be detained until the end of the conflict. Combatants have no right to a lawyer or a criminal trial to determine their guilt or innocence under the usual laws of war. They are simply being held to prevent them from returning to the fight*³¹.

²⁷ « *Rhetoric aside, it is perfectly clear that we are now engaged in an international armed conflict with al Qaeda, however much politics may fog the issue* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., p. 13.

²⁸ « *If a nation-state had carried out the same attacks on the same targets, there would have been no question about whether a state of war would have existed* », *ibid.*, p. 4. L'auteur développe cet argument dans plusieurs de ses ouvrages : « *the scope and the intensity of the destruction is one that in the past had only rested within the power of a nation-state* », Yoo John, *The Powers of War and Peace*, op. cit., p. 170.

²⁹ John Yoo vise l'argumentation défendue par Bruce Ackerman, farouche opposant à l'Administration républicaine dès l'entame de la guerre contre le terrorisme. Pour le Professeur Ackerman, déclarer la « guerre contre le terrorisme » revient à faire la guerre contre une méthode, non contre un ennemi spécifique. « *"War on Terror" is, on its face, a preposterous expression. Terrorism is simply the name of a technique : intentional attacks on innocent civilians. But war isn't merely a technical matter : it is a life-and-death struggle against a particular enemy. We made war against Nazi Germany, not against the Blitzkrieg* », *Before the Next Attack*, op. cit., p. 13 De même, Richard Posner conteste l'analyse de John Yoo, estimant que l'acte terroriste ne peut être appréhendé ni par le truchement du crime en droit pénal, ni par la terminologie de la guerre. « *I argue that the terrorist threat is sui generis – that it fits the legal category neither of "war" nor of "crime". It requires a tailored regime, one that gives terrorist suspects fewer constitutional rights than people suspected of ordinary crimes, though not no rights* », *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 11.

³⁰ « *The terminology "war on terrorism" causes confusion by suggesting that we are at war with a combat tactic, not a concrete enemy (...). However, the United States is not at war with every terrorist group in the world, or all who employ terrorist tactics, or a social problem, but with al Qaeda* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., p. 13.

³¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

10. Ainsi, la problématique de la détention ne relève pas de la traduction d'individus en justice, avec pour corollaire l'application des règles procédurales, mais de la protection des forces armées et de la sécurité nationale. La situation de guerre impose en priorité de garantir la confidentialité des renseignements recueillis par les autorités à l'occasion de la détention : *Military detention is also one of our most important sources of intelligence, (...) our most important tool in this war. We will need to know who they are, where they are, who is helping them, and what they are planning, which will require surveillance, interrogation of captured enemy combatants, captured computers and documents, and undercover agents. And we need to maintain secrecy about the means and details of these captures and what we learn from them*³².

11. Si le combattant ennemi devait être jugé, les informations seraient susceptibles d'être débattues publiquement, du fait même de l'application des règles processuelles : le respect des droits de la défense implique l'obligation, pour le défendeur, d'accéder aux pièces du dossier. Une telle contrainte reviendrait à courir le risque de voir ces informations transmises à l'ennemi :

a. (...) *producing such information in open court or in any way in which it might be transmitted to the enemy would compromise military secrecy and make the job of defeating al Qaeda far more difficult*³³.

12. Et, de surcroît, les soldats ou agents impliqués dans la capture et le placement en détention seraient probablement appelés à comparaître pour satisfaire aux obligations procédurales³⁴, les contraignant à quitter le théâtre d'opérations pour discuter devant la justice d'informations confidentielles. L'argumentation syllogistique du Professeur Yoo est simple. Toute guerre réclame l'adoption de mesures exceptionnelles, fondamentalement dérogoires au droit commun. Or, les États-Unis, malgré la spécificité de l'ennemi, sont en guerre contre le terrorisme (plus précisément Al-Qaïda). En conséquence, il est nécessaire d'adopter tous les moyens utiles à la sécurité nationale et à la protection de la population³⁵.

B) Une guerre du renseignement

13. La détention indéfinie a pour finalité l'obtention d'informations susceptibles d'empêcher une nouvelle attaque. C'est pourquoi John Yoo défend le recours aux *coercive interrogations* (selon les traductions, interrogatoires coercitifs ou renforcés³⁶), seuls capables, selon lui, de briser la volonté des combattants les plus radicaux pour leur dérober des informations de première importance. Son approche se décline dans le *Mémoire* de l'*Office of Legal Counsel* du 1^{er} août 2002, relatif au déroulement des interrogatoires, signé

³²*Ibid.*, p. 151.

³³*Ibid.*, p. 154.

³⁴ « *To prove that a detainee is a member of al Qaeda, the soldiers and officers who captured and processed the enemy combatant would have to be recalled from the field to appear in court, and subjected to direct and cross-examination. Detainees would want access to any information about them in the government's possession. (...) Not only would these hearing consume a huge amount of resources and time, they would provide enemy combatants with a treasure trove of U.S. intelligence secrets* », *ibid.*, p. 152.

³⁵ « *If 9/11 started a war between the United States and al Qaeda, the United States can employ its war powers to kill enemy operatives and their leaders, detain them without Miranda protections, and try them without civilian juries. No doubt these measures seem unusual, even draconian, but the rules of war provide nations with their most forceful tools to defend their people from attack* », *ibid.*, p. 3.

³⁶ C'est ainsi que ces interrogatoires sont désignés dans la traduction française du rapport de la commission sénatoriale sur les méthodes de détention et d'interrogatoire de la CIA, *La CIA et la Torture*, *op. cit.*

par Jay S. Bybee, *Assistant Attorney General* sous la Présidence de George W. Bush, qui fut déjà l'un des juristes proches des Présidents Reagan et Bush père³⁷.

14. La découverte de ce *Mémorandum* a profondément perturbé la communauté internationale, qui découvrait avec stupeur la position du département de la Justice par rapport à la capture des prisonniers en Afghanistan et les conditions de leur détention et interrogatoire. Certains observateurs sont allés jusqu'à parler de *torture team*³⁸, considérant que la plupart des membres du gouvernement cautionnaient, sciemment, les techniques employées par la CIA dans les différents centres³⁹.

15. John Yoo ne regrette rien de ses prises de position, si ce n'est de n'avoir pas su justifier avec suffisamment de clarté les motivations qui présidaient à l'adoption du *Mémorandum*⁴⁰. Le contexte politique, marqué par les attentats, empêchait l'*Office of Legal Counsel* de prévoir les remous suscités par une telle opinion⁴¹. C'est pourquoi John Yoo est revenu par la suite sur cette prise de position : *War by Other Means* met en lumière les enjeux et les problématiques que l'*OLC* n'avait pas su expliciter au public, lorsqu'il était pris dans la nasse de la guerre. Parce que « *la lutte contre le terrorisme est par essence préventive* »⁴², John Yoo considère qu'il faut tout mettre en œuvre pour obtenir les renseignements susceptibles de garantir la protection du territoire et de la population. Sur ce plan, il place les interrogatoires coercitifs sur le strict plan de leur efficacité, en s'attardant notamment sur les renseignements cruciaux obtenus lors de l'interrogatoire d'Abou Zubaydah à la suite de sa capture au Pakistan. Selon lui, la personnalité et la cruauté du numéro 3 d'Al-Qaïda rendaient impossible la collecte d'informations par des méthodes d'interrogatoires standards⁴³. L'appréhension des interrogatoires doit être délestée de tout jugement d'ordre moral, au profit d'une dimension purement pragmatique : la défense de la sécurité nationale. Pour cette raison, il s'oppose frontalement à l'argumentation de Jeremy Waldron⁴⁴, pour qui

³⁷ « *Heading it all was Jay Bybee, a law professor for the University of Nevada, Las Vegas, who has previously served in the Justice Department and the White House counsel's office under Presidents Reagan and Bush, and who would soon become a judge on a federal appeals court in Nevada* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., pp. 19-20.

³⁸ L'expression court aux États-Unis, mais également en Europe, comme en témoigne un article du Monde en date du 25 avril 2009 qui mentionne John Yoo comme le rédacteur du *Mémorandum* d'août 2002 relatif à l'utilisation de la torture. V. not. Corine Lesnes, « Une poignée de juristes au cœur de la polémique », *Le Monde*, 25 avr. 2009.

³⁹ Cette grille de lecture doit toutefois être nuancée. Le rapport de la Commission sénatoriale contredit en partie cette idée, car elle met davantage l'accent sur l'opacité des décisions prises par les agents de la CIA, à tous les échelons de la hiérarchie. Le point 7 du rapport en est l'illustration : « *La CIA a entravé l'efficacité de la supervision de la prises de décision de la Maison Blanche. La CIA a fourni à la Maison Blanche, ainsi qu'aux membres du Conseil national de sécurité et à leurs équipes, d'innombrables informations inexacts et tronquées (...). Cela a empêché l'exécutif d'avoir une compréhension précise et complète du Programme, et a donc entravé la supervision et la prise de décision* », *La CIA et la Torture*, op. cit., pp. 61-62.

⁴⁰ « *Looking back now, I realize that we did not explain ourselves as clearly as we could have in 2002. I failed to anticipate that the memo would leak and that it would become susceptible to quotations out of context* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., p. 177.

⁴¹ « *The environment of war did not give us the luxury to worry about future perceptions of our work* », *ibid.*, p. 178.

⁴² Colonomos Ariel, *Le Pari de la guerre. Guerre préventive, guerre juste ?*, Paris, Denoël, 2009, pp. 68-69.

⁴³ « *Responsible for training recruits, Zubaydah was an expert at resisting regular interrogation methods. He was said to be in charge of training materials for al Qaeda cells. It was safe to assume that simple questioning and standard mind games (good cop-bad cop) wouldn't work on him* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., p. 166.

⁴⁴ « *NYU law professor Jeremy Waldron, perhaps the leading legal philosopher of his generation (and a former Berkeley colleague of mine), when confronted with the hypothetical of using "excruciating pain" to learn the*

ces interrogatoires contreviennent à des principes intangibles, développés originellement afin que l'on ne puisse y déroger, y compris en situation d'instabilité politique ou de crise⁴⁵.

16. Par ailleurs, les développements de John Yoo, fondés sur l'efficacité des interrogatoires coercitifs, se heurtent aux révélations faites par la commission sénatoriale. Celle-ci souligne que les informations obtenues par ce truchement, dans le cadre de l'interrogatoire d'Abou Zubaydah, n'étaient pas nouvelles, mais recoupaient des renseignements déjà obtenus auparavant. La commission relativise ainsi leur nécessité et leur efficacité⁴⁶. Si les arguments de John Yoo peuvent sembler inexacts, cela est dû, en partie du moins, à des présentations parcellaires, voire fausses, que la CIA a faites au département de la Justice, lesquelles surévaluaient l'effectivité des interrogatoires coercitifs⁴⁷.

17. Dans leur ouvrage *Terror in the Balance*⁴⁸, Eric A. Posner et Adrian Vermeule pointent précisément du doigt l'un des problèmes essentiels mis en avant par le rapport parlementaire. Si tous deux condamnent, comme John Yoo⁴⁹, une approche morale absolutiste d'une telle question, ils militent principalement pour la procéduralisation des interrogatoires coercitifs, c'est-à-dire leur encadrement par le droit. Ils prônent l'adoption d'un cadre général fixé par le législateur, lequel déterminerait les conditions et le déroulement des interrogatoires renforcés. Il serait possible de fixer, juridiquement, un *modus operandi* des interrogatoires, afin d'éviter des abus tels que ceux de la prison d'Abou Ghraib en 2004.

a. *Once coercive interrogation is authorized, officials will, over time, become more and more expert in using it accurately, bureaucratic structures of control will become more fine-tuned and effective, and so on (...) coercive interrogation, according to the cost-benefit calculus, will be more beneficial*⁵⁰.

location of a nuclear bomb in an American city, says, "My own answer to this question is a simple No" », *ibid.*, p. 187.

⁴⁵ « We should not rule out in advance the idea that there are certain absolute legal and moral constraints on the way we fight terrorism. Some rights were designated long ago as absolutes precisely because of the temptation to rethink them or relativize them in times of panic, insecurity, and anger », Waldron Jeremy, *Torture, Terror, and Trade-Offs*, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ « Son incapacité à livrer des informations sur la prochaine attaque et les terroristes présents sur le sol américain a servi de justification à la CIA pour déclarer qu'il ne "coopérait pas" et qu'il fallait lui appliquer ce qui serait plus tard qualifié de "techniques d'interrogatoire renforcées" afin de le rendre "docile". Abou Zoubaydah ne livra jamais cette information, et les membres de la CIA finirent par conclure qu'elle n'était pas en sa possession », *La CIA et la Torture*, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁷ Comme le rapport sénatorial le souligne, « à plusieurs reprises, des membres de la CIA ont identifié des inexactitudes dans les présentations que la CIA faisait de son programme et de son efficacité auprès de l'inspection générale, de la Maison Blanche, du département de la Justice, du Congrès et de l'opinion publique. La CIA n'a cependant pas jugé bon de rectifier ces présentations, qui demeuraient la version officielle », *La CIA et la Torture*, *op. cit.*, p. 73. De ce fait, un certain nombre de méthodes employées n'ont jamais été présentées devant l'OLC. Par exemple, « les directives de janvier 2003 du directeur de la CIA listaient douze "techniques renforcées" (...) sur lesquelles le bureau d'assistance juridique ne s'était pas prononcé », *ibid.*, p. 130. De la même manière, « la direction de la CIA autorise l'arrosage sans que le département de la Justice l'ait approuvé ; cette technique est considérée comme équivalente à la simulation de noyade », *ibid.*, p. 167.

⁴⁸ Posner Eric A. & Vermeule Adrian, *Terror in the Balance Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2007. À partir d'une lecture utilitariste, les deux auteurs s'attardent sur un certain nombre de problématiques liées à l'état d'urgence, et notamment la lutte anti-terroriste.

⁴⁹ Il faut relever la proximité théorique de ces trois auteurs. John Yoo et Eric Posner ont écrit plusieurs articles à quatre mains, notamment « International Law and the Rise of China », *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, n° 1, printemps 2006. Ils font incontestablement montre d'une sympathie et d'un respect mutuels. Ainsi, même si le Pr. Yoo conteste en partie l'approche d'Eric Posner face à certains aspects du droit international, il admet sa « sympathie » à l'endroit de « l'approche révisionniste » défendue par Eric Posner (v. Ku Julian & Yoo John, *Taming Globalization*, *op. cit.*, pp. 9-10).

⁵⁰ Posner Eric A. & Vermeule Adrian, *Terror in the Balance*, *op. cit.*, pp. 202-203.

18. À la lumière du rapport sénatorial, les propositions des deux juristes prennent tout leur sens. En effet, la commission souligne précisément l'incompétence, voire l'amateurisme, des agents de la CIA⁵¹. Si le rapport conteste le recours à de telles pratiques, il pointe surtout du doigt le manque d'organisation et le défaut de supervision qui ont gangrené tous les échelons de la hiérarchie de la CIA. Or, pour les Professeurs Posner et Vermeule, c'est en refusant d'envisager une pratique juridique des interrogatoires que le risque d'un recours abusif se propage, laissant chacun des agents libres d'opérer comme il l'entend. Une loi sur la torture ne saurait être condamnable, si elle borne les comportements particuliers. Une loi « brutale » ne le reste que tant qu'elle n'est pas efficace ; si elle est efficace, elle perd automatiquement son caractère de « brutalité »⁵².

19. Ainsi, par-delà les divergences entre John Yoo et la commission sénatoriale, le juriste de Berkeley développe une approche de la lutte anti-terroriste fondée sur la guerre. C'est sur cette assise qu'il défend la détention indéfinie et le recours aux interrogatoires coercitifs. Les États-Unis sont en guerre contre le terrorisme, et tous les moyens doivent être envisagés pour assurer la défense de la sécurité nationale. Plus largement, sur le plan du droit constitutionnel, l'approche de John Yoo puise sa source dans une lecture présidentialisée de la Constitution, et notamment une interprétation extensive de la *Commander in Chief Clause*.

II. La guerre, le domaine présidentiel par nature

A) La gestion des affaires étrangères et de la guerre, une compétence présidentielle

20. Outre l'avis du 1^{er} août 2002 relatif aux techniques d'interrogatoire, le *Mémorandum* du 25 septembre 2001, signé par John Yoo lui-même, consacre la primauté de l'exécutif dans la guerre contre le terrorisme, comme le titre l'indique explicitement : « *The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against Terrorists and Nations supporting Them, Memorandum Opinion for the Deputy Counsel to the President* »⁵³. En soulignant le pouvoir d'initiative de l'exécutif en situation de guerre, l'avis de l'OLC porte profondément la marque de John Yoo. Or, Ce *Memo*, d'une certaine manière, n'est que la confirmation de l'argumentation déjà développée par le juriste de Berkeley, et largement reprise dans la plupart de ses ouvrages ultérieurs, notamment *Crisis and Command*.

21. En effet, dès 1996⁵⁴, John Yoo focalise son attention sur l'article II, section 2, clause 1 de la Constitution des États-Unis, relatif aux pouvoirs de *Commander in Chief* du Président :

a. *The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States*⁵⁵.

⁵¹ « Dans le cadre du Programme de détention et d'interrogatoire, de nombreux détenus furent soumis aux techniques renforcées par des interrogateurs inexpérimentés. (...) la CIA ne mit en place la première formation qu'en novembre 2002 », *La CIA et la Torture*, op. cit., p. 167.

⁵² « If we nonetheless tolerate them because they produce some good, or if we define them as non brutal precisely because they do more good than harm, there symbolic meaning falls by the wayside, in part because that meaning is qualified : a brutal law that does good no longer expresses brutality in unambiguous form », Posner Eric A. & Vermeule Adrian, *Terror in the Balance*, op. cit., p. 205.

⁵³ Yoo John (*Deputy Assistant Attorney General*), « The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against Terrorists and Nations supporting Them, Memorandum Opinion for the Deputy Counsel to the President », Office of Legal Counsel, 25 sept. 2001.

⁵⁴ « The Continuation of Politics by Other Means : The Original Understanding of War Powers », loc. cit.

22. Cet article, qui érige le Président en commandant en chef des armées, a fait l'objet de maintes interprétations, sur un plan à la fois historique et théorique, du fait de son invocation récurrente en période de crise. Abraham Lincoln, sur ce plan, a joué un rôle structurant, ayant lui-même procédé à la suspension de l'*Habeas Corpus* durant la guerre de Sécession, au moyen de la *Commander in Chief Clause*. Pour comprendre l'essence des pouvoirs présidentiels, John Yoos' adosse au sens exact des termes-clés qui irriguent le texte constitutionnel, replacés dans le contexte de leur invocation, et à l'intention exacte des Pères fondateurs⁵⁶. S'inscrivant également dans la droite ligne des travaux de l'historien Clinton Rossiter⁵⁷, John Yoo s'attarde sur les débats de la Convention de Philadelphie, notamment sur les propos d'Alexander Hamilton⁵⁸, pour en déduire l'idée que les constituants ont dès l'origine mis l'accent sur l'institution présidentielle. Rossiter, en son temps, avait déjà souligné combien l'exécutif avait concentré tous les regards, d'autant plus que George Washington a porté la fonction présidentielle à son incandescence⁵⁹.

23. De plus, sur le terrain des affaires étrangères, John Yoo rejette les analyses les plus courantes. Il conteste que ce soit au Congrès de prendre les décisions essentielles dans ce domaine, car l'architecture constitutionnelle fait preuve d'une flexibilité qui permet à l'exécutif d'assumer le premier rôle dans le domaine des affaires étrangères⁶⁰ et de procéder à l'interprétation du droit international⁶¹. Le Président, dont le pouvoir est concentré, est le mieux armé pour décider des relations étrangères, qui nécessitent discrétion, confidentialité et

⁵⁵ Le texte complet est le suivant : « *The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States ; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States, except in Cases of Impeachment* ».

⁵⁶ John Yoo revendique son appartenance à ce courant dans l'essai coécrit avec Julian Ku : « *A different approach is sometimes held out by originalists, who look to the understanding of the Constitution's text at the time of its ratification. Both of us, at times, have written in this vein* », Ku Julian & Yoo John, *Taming Globalization*, op. cit., p. 9 La démarche du juriste est d'ailleurs critiquée, dans la mesure où il prétend avoir défini le véritable sens du texte constitutionnel. « *In Yoo's vision, the "original understanding" is the true and unchanging meaning of the Constitution* », Alexander Janet C., « *John Yoo's War Powers : The Law Review and the World* », loc. cit., p. 338.

⁵⁷ Rossiter Clinton, *The American Presidency* (1956), Baltimore/London, The Johns Hopkins University Press, 1987.

⁵⁸ Or, comme l'a souligné Clément Fatovic, la pensée de Hamilton à propos de la Présidence était marquée par la capacité de l'exécutif à réagir dans le temps immédiat de l'urgence. « *Political imperatives frequently demand immediate action and leave little or no time for extensive reflection or deliberation of the kind rightly expected and required from the legislature and the judiciary. Expediency, decisiveness, and dispatch – the hallmarks of executive power – are central to this aspect of the president's time frame* », Clement Fatovic, *Outside the Law. Emergency and Executive Power*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2009, p. 214.

⁵⁹ « *He was to be ceremonial head of the nation, a republican king with the prerogative of mercy, and he was to lead the government in its foreign relations, wether peaceful or hostile (...) The President was to be a strong, dignified, nonpolitical chief of state and government. In two words, he was to be George Washington* », Rossiter Clinton, *The American Presidency*, op. cit., p. 67

⁶⁰ John Yoo souligne à de multiples reprises la flexibilité du texte constitutionnel quant à la conduite des affaires étrangères. Si cette problématique innerve *The Powers of War and Peace*, elle se retrouve dans *Taming Globalization* : « *At the same time, the Framers believed that foreign affairs demanded a more flexible process that relied more on presidential leadership, given its functional advantages in acting with speed, decision, and dispatch* », Ku Julian & Yoo John, *Taming Globalization*, op. cit., p. 10.

⁶¹ Pour le juriste, cette compétence est assise sur la légitimité démocratique de la fonction présidentielle : « *Rather than executive overreaching, presidential ability to interpret customary international law advances important democratic value and has been blessed by the courts. By recognizing the Executive's authority to interpret international law, our constitutional system can ensure that international rules take no effect until an elected and accountable branch of the government has decided to implement them* », *ibid.*, p. 117.

rapidité. C'est en ce sens que John Yoo consacre la déférence du pouvoir judiciaire, mais aussi du Congrès, à l'égard de l'exécutif :

*Constitution, laws, custom, the practice of other nations, and the logic of history have combined to place the President in a dominant position. Secrecy, dispatch, unity, continuity, and access to information – the ingredients of successful diplomacy – are properties of his office, and Congress, I need hardly add, possesses none of them*⁶².

24. De plus, le juriste propose une relecture de la déclaration de guerre. La plupart des auteurs s'accordent à dire que cette compétence relève du Congrès, dans la mesure où la Constitution lui accorde expressément cette faculté. Pour le Professeur de Berkeley, l'expression "*to declare war*", à l'époque de l'élaboration de la Constitution, avait une signification formelle : "*to declare*" signifiait alors "clarifier", "porter formellement à la connaissance". Si les constituants avaient souhaité confier au Congrès la compétence de déclarer la guerre, ils auraient pu utiliser l'expression "*to engage war*", plus proche de ce qu'on entend aujourd'hui par "déclaration de guerre"⁶³. Par voie de conséquence, le rôle du Congrès n'est pas tant de déclarer la guerre que de faire reconnaître son existence par un acte juridique, et le pouvoir d'initiative relève de la Maison Blanche. Sous la plume du juriste, le pouvoir du Congrès n'est donc pas celui d'entamer les hostilités mais de sanctionner, en aval, les décisions prises par le Président, en refusant par exemple de voter les crédits nécessaires à la poursuite des opérations militaires entreprises⁶⁴.

25. Pour John Yoo, il revient donc au Président de prendre l'initiative de la guerre, car il est le seul à même pour le faire, d'un point de vue à la fois structurel et constitutionnel. Le *Mémoire* du 25 septembre 2001 relatif aux pouvoirs du Président dans la guerre contre le terrorisme n'est ainsi que la concrétisation pratique de ses propositions théoriques⁶⁵.

B) L'invocation de la *Commander in Chief Clause* dans la guerre contre le terrorisme

26. Pour le Professeur de Berkeley, l'invocation de la *Commander in Chief Clause* par le Président George W. Bush n'est que la confirmation d'une tendance profondément ancrée dans l'histoire du pays. D'Abraham Lincoln à Harry Truman, en passant par George Washington, la plupart des Présidents ont trouvé dans cette clause un appui juridique pour adopter les décisions imposées par les circonstances. Le juriste ne prétend donc pas

⁶²Yoo John, *The Powers of War and Peace*, op. cit., p. 12.

⁶³ « *It is apparent that Congress's power to "declare war" is not synonymous with the power to begin military hostilities (...) At the time of the constitution's ratification, "declare" carried a distinct and separate meaning from "levy", "engage", "make", or "commence". Samuel Johnson's English dictionary (perhaps the definitive dictionary at the time of the framing) defined "declare" as "to clear, to free from obscurity" ; "to make known" (...) "tu publish" (...) This definition suggests that declaring war recognized a state of affairs – clarifying the legal status of the nation's relationship with another country – rather than authorized the creation of the state of affairs* », *ibid.*, pp. 144-145.

⁶⁴ John Yoo reconnaît ainsi au Congrès un pouvoir de *funding*, c'est-à-dire qu'il lui revient d'assumer le soutien financier de la guerre. C'est par ce prisme qu'il peut manifester un éventuel désaccord avec la politique de l'exécutif.

⁶⁵ « *On September 25, 2001, I signed an OLC opinion issued to the White House which concluded that a foreign attack had occurred on September 11, the United States was at war, and President Bush had full constitutional authority to launch attacks to destroy the enemy. President Bush had the power not only to retaliate against any person, organization, or state suspected of involvement in terrorist attacks on the United States, but also against foreign states suspected of harboring or supporting such organizations* », Yoo John, *War by Other Means*, op. cit., p. 10.

révolutionner le droit constitutionnel américain, mais replacer l'action du Président républicain dans la continuité de l'histoire politico-constitutionnelle des États-Unis⁶⁶.

27. Il assoit notamment son analyse sur la Présidence d'Abraham Lincoln, confronté à la guerre de Sécession. Dans ce cadre, l'invocation de la *Commander in Chief Clause* a joué un double rôle : elle a permis au Président de prendre les décisions stratégiques dans le cadre de la guerre contre les Confédérés, mais également d'abolir l'esclavage et enfin d'assurer la reconstruction du pays à l'issue du conflit⁶⁷. Le texte constitutionnel octroie donc les compétences nécessaires au Président pour faire face à la situation de crise. De ce fait, la *Commander in Chief Clause* dépasse le cadre militaire: elle permet à la Maison Blanche de prendre en charge les différentes modalités ou conséquences qu'une situation de crise peut revêtir.

28. De surcroît, confronté à la menace sécessionniste, Lincoln décide de suspendre le *writ d'habeas corpus* pour que les ennemis du régime ne puissent en bénéficier. Or, bien que cette suspension soit théoriquement du ressort du Congrès (comme l'article I de la Constitution le souligne expressément), Lincoln propose une interprétation du texte constitutionnel qui lui permet de procéder à une telle suspension : si elle relève théoriquement du Congrès, il revient au Président, en tant que *Commander in Chief*, de prendre les mesures imposées par la crise, y compris en empiétant sur le domaine de compétences du législateur. Les constituants n'ont selon lui certainement pas voulu que la survie de l'Union soit dépendante de la réunion du Congrès⁶⁸.

29. Or, John Yoo dresse un parallèle entre la guerre de Sécession et la guerre contre le terrorisme. Les combattants auxquels le régime se trouve confronté souhaitent la destruction de l'ordre politique, et c'est précisément pour cette raison qu'ils ne peuvent bénéficier des avantages procéduraux habituels. La détention des ennemis ne repose plus sur leur culpabilité présumée, mais sur le fait qu'ils constituent une menace potentielle pour la sécurité nationale⁶⁹. John Yoo compare, en creux, la suspension du *writ d'habeas corpus* à la décision présidentielle de refuser l'application des Conventions de Genève aux combattants terroristes, conformément au *Mémoire* rendu par l'OLC le 22 janvier 2002⁷⁰. La *Commander in Chief Clause* doit permettre au Président d'adopter toutes les mesures nécessaires pour assurer la protection du territoire, y compris lorsqu'elles entrent en contradiction avec d'autres prescriptions du texte constitutionnel.

30. C'est sur ce fondement que John Yoo défend la compétence présidentielle de refuser l'application des Conventions de Genève aux combattants terroristes et ainsi de permettre leur interrogatoire dans les centres de détention. Si la clause de *Commander in Chief* a permis au

⁶⁶ C'est précisément l'objet de son ouvrage *Crisis and Command*, *op. cit.*

⁶⁷ « Lincoln understood that the Constitution empowered him to do much more than issue a polite invitation that the South return home », Yoo John, *Crisis and Command*, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁸ « As the provision was plainly made for a dangerous emergency (...) it cannot be believed the framers of the instrument intended, that in every case, the danger should run its course, until Congress could be called together », Abraham Lincoln, cité par Yoo John, *ibid.*, p. 227.

⁶⁹ « The normal process of law could not handle the unique nature of the rebellion. Confederate leaders, for example, were being detained not because they were guilty of a crime, but because their release would pose a future threat to the safety of the country », *ibid.*, pp. 225-226.

⁷⁰ Bybee Jay S. (*Assistant Attorney General*), « Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, and William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense », Office of Legal Counsel, 22 janv. 2002.

Président d'intervenir dans des crises aux modalités multiples⁷¹, c'est précisément parce qu'elle constitue le dispositif idoine pour répondre à une situation d'urgence, en vertu de l'histoire constitutionnelle des États-Unis. La déclaration de guerre contre le terrorisme, l'intervention directe du Président dans la stratégie adoptée, la déférence du Congrès et des tribunaux, ne sont finalement que la conséquence d'un axiome qui, aux yeux de John Yoo, constitue le fil d'Ariane des pouvoirs d'urgence aux États-Unis, suivant la célèbre formule de Rossiter :

a. *The constitutional, presidential pattern of government has made crisis rule more difficult, and it has singled out the chief executive as the chief instrument of crisis authority*⁷².

⁷¹ Dans *Crisis and Command*, John Yoo souligne combien la clause a été invoquée dans des crises de différentes natures, qu'elles soient militaires (notamment la Première et la Seconde Guerre mondiales) ou économiques (l'élaboration du *New Deal* sous la Présidence de Roosevelt ou la crise des *subprimes* sous la Présidence de George W. Bush).

⁷²Rossiter Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948, p. 211.