

---

LOUIS FISHER ET  
NADA MOURTADA-SABBAH

LES POUVOIRS INHÉRENTS  
DU PRÉSIDENT AMÉRICAIN.  
UNE MENACE POUR LES  
VALEURS DÉMOCRATIQUES ?

115

Les pouvoirs du président aux États-Unis trouvent leurs fondements dans un certain nombre de sources dont les unes sont expresses, d'autres implicites. Certains sont caractérisés comme étant des pouvoirs d'urgence. Les pouvoirs exprès sont ceux qui sont explicitement énumérés dans la Constitution. Les pouvoirs implicites sont nécessaires afin de mettre en œuvre les pouvoirs exprès du président. Ainsi, la Constitution confie au président le devoir de veiller à l'exécution fidèle des lois. Si l'un des chefs de départements de la branche exécutive venait à en empêcher le président, celui-ci aurait le pouvoir implicite de démettre cette personne de ses fonctions. Si les trois branches du gouvernement étaient strictement limitées aux pouvoirs explicitement énumérés, la Cour ne pourrait exercer son pouvoir de *judicial review*, qui n'est pas expressément mentionné dans la Constitution. Non plus que le président ne pourrait révoquer certains fonctionnaires de l'exécutif,

refuser des informations au Congrès ou conclure des *executive agreements*. De même, le Congrès exerce un certain nombre de prérogatives qui ne sont pas énumérées, comme le pouvoir d'investigation, celui d'émettre des citations à comparaître (*subpoenas*), ou de citer des fonctionnaires de l'exécutif pour outrage (*contempt*). Il est évident que le gouvernement fédéral est un gouvernement de pouvoirs explicites et implicites, et la Constitution ne s'en porte pas plus mal. Les pouvoirs implicites peuvent en effet être exercés conformément à l'esprit du texte fondamental, du gouvernement républicain, de la séparation des pouvoirs et du système de freins et de contre-pouvoirs.

LES POUVOIRS D'URGENCE

Les pouvoirs d'urgence du président sont plus problématiques pour un gouvernement démocratique, mais ils peuvent être mis en œuvre sans nécessaire-

ment mettre en péril les principes constitutionnels fondamentaux. Au début de la guerre civile, Abraham Lincoln prit un certain nombre de mesures extraordinaires, dont la suspension de l'*habeas corpus* et le transfert de fonds du *Treasury Department*, sans que ces fonds n'eussent été alloués par le Congrès. Lincoln n'en préserva pas moins la Constitution bien qu'il concédât avoir bel et bien exercé certains des pouvoirs du Congrès.

116 Pour cette raison, il demanda aux sénateurs et aux membres de la Chambre des Représentants de valider les actions militaires qu'il avait entreprises sans l'autorisation du Congrès. Le Congrès en débattit longuement et approuva rétroactivement en légalisant, par une loi adoptée en 1861, les actions, proclamations et ordres du président, comme si ceux-ci avaient été décrétés et autorisés par le Congrès des États-Unis.

Les *Prize Cases*<sup>1</sup> qui validèrent le blocus imposé par le président Lincoln aux États du Sud sont souvent invoqués par les défenseurs d'un pouvoir présidentiel étendu : « Si une guerre advient par l'invasion d'une nation étrangère, le président est non seulement autorisé, mais également tenu de faire face à la force par la force. Il n'engage ni ne déclare la guerre, mais il est tenu de relever le défi sans attendre une quelconque autorisation législative spéciale. Que la partie hostile soit un envahisseur étranger ou des États organisés en vue d'une rébellion, ce n'en est pas moins une guerre, bien que la déclaration d'une telle guerre soit unilatérale. »

Mais les juges de la Cour suprême n'ont pas pour autant reconnu au président des pouvoirs libres de tout

contrôle en temps de guerre. Le juge Grier a limité le pouvoir du président à des actions de nature défensive, soulignant que le chef de l'exécutif « n'a pas le pouvoir d'initier ni de déclarer la guerre contre une nation étrangère ou l'un quelconque des États ».

#### LA DÉCISION CURTISS-WRIGHT

En 1936, l'affaire *United States v. Curtiss-Wright* soulevait essentiellement la question suivante : le Congrès pouvait-il laisser à la discrétion du président une plus grande liberté d'action sur l'exercice de l'autorité législative dans les affaires internationales ? Au cours de l'année précédente, dans *Panama Refining and Schechter Corp.*, la Cour avait invalidé une délégation du pouvoir législatif au président des affaires touchant à la politique intérieure.

Rédigeant le jugement de la Cour dans *Curtiss-Wright*, le juge George Sutherland infirma la décision de la cour de district et décida que la délégation de pouvoirs était valide. Il identifia un certain nombre de statuts gouvernant les affaires internationales, et transféra au président une autorité et une flexibilité considérables. La Cour suprême avait régulièrement affirmé la validité de ces statuts. Ces décisions auraient fourni un fondement suffisant pour juger l'affaire *Curtiss-Wright*.

Le juge Sutherland alla plus loin. Il mit en avant un argument en faveur de l'exercice de pouvoirs présidentiels indépendants de l'autorité du Congrès : « Il est bien évident que si dans la maintenance de nos relations internationales un embarras, voire un embarras sérieux,

1. Les *Prize Cases*, décision de la Cour suprême en 1863, estiment que le président a toute autorité pour initier une action militaire sans déclaration de guerre du Congrès.

doit être évité et le succès de nos entreprises et nos desseins doit être atteint, une législation du Congrès – qui doit être rendue efficace à travers des négociations et des investigations dans le domaine international – doit accorder au président un degré de liberté qui ne serait pas admissible s’il s’agissait uniquement de questions de politique intérieure.» Position qui ne manqua pas de soulever un certain nombre de critiques.

#### LES POUVOIRS INHÉRENTS SOUS TRUMAN

Le président Harry Truman fut le premier chef de l’exécutif à initier une guerre importante sans passer par le Congrès. Agissant aux termes de deux résolutions passées par le Conseil de sécurité des Nations unies, il ordonna l’usage de la force armée contre la Corée du Nord en 1950. Contrairement à Lincoln, Truman ne se présenta pas devant le Congrès après les faits pour obtenir une approbation rétroactive. Son recours aux résolutions du Conseil de sécurité allait à l’encontre de la Constitution qui reconnaît au Congrès le pouvoir de déclarer la guerre. Il ne respectait pas non plus l’engagement qu’il avait pris devant le Sénat en 1945 – alors que ce dernier débattait sur la Charte des Nations unies – de se présenter devant le Congrès pour obtenir l’accord du pouvoir législatif avant de s’engager dans une opération militaire sous l’égide de l’ONU.

Après deux ans d’une guerre coûteuse contre la Corée du Nord, Truman dut faire face, en 1952, à une grève nationale des travailleurs de l’acier. Il réagit en émettant un *executive order* qui demandait au *Secretary of Commerce* de saisir 87 usines d’acier parmi les plus importantes du pays et de les faire fonctionner.

Pour justifier sa décision, il mit en avant sa proclamation du 16 décembre 1950 déclarant l’existence d’un état d’urgence national et l’envoi des troupes américaines en Corée. Le décret qualifiait l’acier d’élément indispensable à la production d’armement et de matériel de guerre. Truman justifia encore son acte en revendiquant les exigences de temps de guerre et son rôle de commandant en chef. Il n’a pas tenu compte du rejet, de la part du Congrès, d’une législation qui aurait autorisé une telle mesure ni du fait que d’autres moyens statutaires étaient disponibles pour faire face à la grève.

Bien que Truman ait fondé le décret sur son autorité aux termes de « la Constitution et des lois des États-Unis, et sur sa qualité de président et de commandant en chef des forces armées des États-Unis », le *Justice Department* soutint devant la cour de district l’argument selon lequel Truman avait agi uniquement en se fondant sur un pouvoir exécutif inhérent sans aucun soutien statutaire.

Le 29 avril, le juge dénonça vigoureusement la théorie du pouvoir présidentiel inhérent devant la cour de district. Tout en affirmant que la saisie des usines d’acier était inconstitutionnelle, le juge reconnut qu’une grève d’étendue nationale pouvait causer des dommages importants, mais considéra qu’une telle grève serait moins préjudiciable que « le tort qui résulterait de la reconnaissance juridique [...] de cette revendication d’un pouvoir exécutif illimité et soumis à aucun contrôle – reconnaissance implicite dans une décision de la Cour de ne pas imposer de restrictions à l’action [du Président] ». La Cour suprême confirma la décision de la cour de district, déclarant inconstitutionnel le décret présidentiel ordonnant la saisie

d'usines d'acier. La Cour rejeta également l'argument selon lequel des assertions similaires, avancées par d'autres présidents dans le passé, avaient encouragé des revendications de pouvoirs constitutionnels plus grands pour les chefs de l'exécutif.

118 Ces décisions de la cour de district et de la Haute Cour reflètent, entre autres considérations, un ressentiment alors largement répandu dans le pays qui condamna la théorie de pouvoirs inhérents et de pouvoirs d'urgence. La décision de la Cour dans le *Steel Seizure Case* (1952) et notamment l'opinion concourante du juge Jackson continue d'offrir aux tribunaux une référence à laquelle ils ont fréquemment recours dans les affaires impliquant des questions de démarcation de pouvoirs entre les trois branches du gouvernement, et notamment de décisions relatives à l'étendue de l'autorité présidentielle.

#### LES ACTIONS PRÉSIDENTIELLES APRÈS LE 11 SEPTEMBRE 2001

Immédiatement après les actions terroristes du 11 septembre 2001, le président George W. Bush s'adressa au Congrès afin de s'assurer l'autorité statutaire nécessaire pour agir contre les Talibans et Al-Qaida en Afghanistan, et, plus tard, contre l'Irak. Il obtint également une autorité statutaire pour le *USA Patriot Act*. Cependant, il autorisa, en considérant que cela faisait partie de ses pouvoirs inhérents, l'établissement de tribunaux militaires pour les personnes autres que les citoyens américains, la détention de citoyens américains indéfiniment sans les mettre en accusation ni

leur fournir les services d'avocats, ou encore les écoutes téléphoniques privées (*eavesdropping*) par la National Security Agency (NSA). Cela valut à l'administration Bush de très vives critiques pour avoir revendiqué des pouvoirs bien plus étendus qu'aucune autre administration auparavant. L'approche juridique de l'administration Bush dans sa guerre contre le terrorisme, connue sous le nom de *New Paradigm*, repose sur une lecture particulièrement généreuse de la Constitution qui considère, relève le *New Yorker*, que le président, en tant que commandant en chef, « a l'autorité d'ignorer pratiquement toutes les frontières légales préalablement reconnues si la sécurité nationale l'exige ». Aux termes de cette approche, déplorent les critiques, des statuts interdisant le recours à la torture, la détention secrète d'individus et la surveillance ou mise sur écoute sans autorisation juridique préalable, ont pu être ignorés. Certains, parmi les républicains eux-mêmes, soulignent que David S. Addington<sup>2</sup> et d'autres conseillers juridiques de l'administration Bush ont revendiqué et ont accaparé des « pouvoirs de guerre leur permettant de déclarer n'importe qui combattant illégitime. Ainsi, le monde entier serait une scène de combat; et d'après cette vision des choses le président pourrait même tuer quelqu'un à Lafayette Park s'il le jugeait bon. Cette thèse a le sens que lui donnait un certain Louis XIV: "L'État, c'est moi!" ».

#### LES TRIBUNAUX MILITAIRES D'EXCEPTION

Le 13 novembre 2001, le président Bush édicta un décret permettant le jugement

2. *Chief of Staff* du vice-président Richard Cheney et son principal conseiller juridique.

devant des commissions militaires de personnes soupçonnées de participation ou de soutien à des actions terroristes. Émis à la suite des attentats contre le World Trade Center et le Pentagone et rédigé en des termes similaires à ceux d'un décret édicté par Franklin D. Roosevelt en 1942, il suscita de vives réactions aux États-Unis et ailleurs. Colin Powell, qui était alors secrétaire d'État, fut lui-même surpris par cette décision, de même que Condoleezza Rice, conseillère du président au moment où l'ordre fut rendu public.

Le décret du 13 novembre 2001 proclamait un « état d'urgence extraordinaire » et annonçait que les règles qui régiraient les commissions militaires seraient dictées par le *Secretary of Defense*, sans examen par le Congrès ni les tribunaux. Ces commissions militaires pourraient juger toute personne étrangère dont le président ou ses représentants considéreraient qu'elle avait participé à des actions terroristes, sans qu'elle puisse faire appel à une autre personne ou instance que le président lui-même ou le *Secretary of Defense*. Les détenus seraient traités humainement et auraient droit à un procès équitable (*a full and fair trial*). Cependant, soulignait le décret, il n'était pas possible d'appliquer les mêmes principes de droit ni les mêmes règles d'admission de preuves que dans les affaires criminelles courantes. Ainsi la peine de mort pourrait être requise sans l'unanimité des jurés. De plus, le *Department of Defense*, au mois de décembre 2001, suggéra dans un mémorandum interne que, pendant les commissions militaires, les accusés auraient des droits limités d'accès aux preuves avancées contre eux ou de présence au cours des procès les concernant. Ils n'auraient pas le droit de garder le silence, et les preuves qui

provenaient de simples oui-dire ainsi que les preuves obtenues par la coercition seraient admises. Il n'était pas besoin de prouver la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. Le décret établissait que le terrorisme serait dorénavant traité comme un acte de guerre, ce qui aboutirait à reconnaître au président des pouvoirs supplémentaires. Le précédent généralement invoqué à l'appui du décret de 13 novembre 2001 concerne l'affaire des saboteurs nazi, *Ex parte Quirin*, examinée par la Cour suprême en 1942. Mais l'examen attentif de ce cas révèle cependant des lacunes et des faiblesses importantes qui ne marquent pas un moment particulièrement heureux de l'histoire la Cour, comme l'ont déclaré certains des juges qui y prirent part, et d'autres encore par la suite. Par ailleurs, si Roosevelt eut recours aux commissions militaires pour juger huit saboteurs nazis, le décret du président Bush entendait, lui, soumettre à la juridiction de ces tribunaux d'exception des milliers de combattants ennemis et des millions d'étrangers à travers le monde.

Mais, en juin 2004, la Cour suprême a porté un coup à la philosophie gouvernementale de l'administration Bush à travers ce que l'on appela les *Enemy Combatant Cases*. Le 28 juin 2004, la Cour suprême reconnaît aux détenus de la base de Guantanamo le droit de comparaître devant des tribunaux américains. Les journaux américains saluèrent l'affirmation de la Cour stipulant que « l'état de guerre n'est pas un chèque en blanc émis en faveur du président ». Le 29 juin 2006, dans une décision historique, la Haute Juridiction affirme une fois de plus qu'elle est compétente pour connaître des affaires impliquant des personnes soupçonnées de terro-

risme, et invalide les commissions militaires que l'administration Bush avait prévues pour les détenus de Guantanamo Bay.

120 Dans l'affaire *Hamdan v. Rumsfeld*, le juge Stevens rejeta en effet l'argument du gouvernement selon lequel le *Detainee Treatment Act* (DTA), adopté par le Congrès le 30 décembre 2005, avait dépourvu la Cour suprême de toute compétence pour connaître de l'affaire Hamdan et soumit à son examen (*review*) la décision rendue dans cette affaire par la *DC Circuit Court*. Le juge Stevens rejeta également l'argument du gouvernement qui, se fondant sur des précédents juridiques, affirmait que la Cour suprême devait s'abstenir de connaître de l'affaire *Hamdan* avant qu'une décision finale eût été rendue par les commissions militaires. La Cour suprême jugea que l'exécutif avait outrepassé ses pouvoirs en instituant des tribunaux militaires spéciaux sans l'aval explicite du Congrès. Enfin, Stevens conclut que le *Common Article 3* des conventions de Genève « exige que Hamdan soit jugé par un tribunal régulier dûment établi et reconnaissant toutes les garanties judiciaires qui sont admises comme étant indispensables par les nations civilisées ». Il ajoute ensuite que « la convention de Genève tolère de toute évidence une grande flexibilité pour juger les personnes capturées pendant un conflit armé. Ses exigences sont générales, conçues pour s'adapter à une grande variété de systèmes judiciaires. Elles n'en sont pas moins des exigences. La commission militaire que le président a instituée pour juger Hamdan ne satisfait pas à ces exigences », souligne Stevens. En d'autres termes, commente le *Washington Post*, « le Décideur avait tort lorsqu'il estima que les conventions de Genève

ne devaient pas être prises en considération quand il s'agissait de détenus d'Al-Qaida. Il avait tort lorsqu'il affirmait que les États-Unis n'avaient pas besoin de respecter les accords et traités internationaux auxquels ils s'étaient engagés ».

« Nous ne décidons pas aujourd'hui du pouvoir du gouvernement de placer en détention durant des hostilités actives dans le but d'empêcher de telles hostilités », explique la Cour. « Mais lorsqu'il entreprend de juger Hamdan et de le soumettre à un procès criminel, le pouvoir exécutif est tenu de se conformer à l'État de droit qui prévaut dans cette juridiction. » Et de conclure : « La commission militaire établie pour juger Hamdan ne bénéficie pas de l'autorité pour ce faire car sa structure et ses procédures sont en violation du *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) et des conventions de Genève. Quatre d'entre nous ont conclu également [...] que le délit dont Hamdan est accusé n'est pas un délit qui, aux termes du droit de la guerre [...], peut être jugé par des commissions militaires. »

Un rappel à l'ordre vivement salué par les journaux américains qui redoutaient une érosion de l'équilibre des pouvoirs au vu de l'unilatéralisme croissant dont faisait preuve le pouvoir exécutif. « Enfin. Cela semblait presque trop espérer, souligne le *Washington Post*, mais la Cour suprême a finalement rappelé George W. Bush à l'ordre le 29 juin 2006 et lui a demandé : “Quelle partie de l'expression ‘État de droit’ ne comprenez-vous donc pas ?” » Et le même journal d'ajouter : « La décision de la Cour suprême est un ensemble nuancé d'opinions concourantes et divergentes, mais le message fondamental est clair : en dépit des revendications choquantes d'un pouvoir pré-

sidentiel presque illimité, il n'appartient pas au Décideur autoproclamé de tout décider. Le Congrès n'a pas "émis un chèque en blanc" en faveur de l'exécutif. » Rappelant que, dans cette décision historique, la Haute Juridiction avait déclaré à 5 contre 3 qu'avoir « des semblants de procès revenait à ne pas en avoir », le *Washington Post* conclut que la Cour a signifié au chef de l'exécutif qu'« il restait un président et non un empereur ».

Dans *Hamdan v. Rumsfeld*, la Cour suprême a écarté l'argument selon lequel le président peut seul déterminer quels sont les moyens appropriés de veiller à la sécurité nationale. En rejetant les tribunaux militaires du président Bush pour juger les personnes soupçonnées d'activités terroristes, la Haute Cour décida que « le commandant en chef, même en temps de guerre, devait gouverner dans les limites de confins constitutionnels plus étroits que ceux que ce président a jugé appropriés ». La décision a été aussi très favorablement accueillie par le *New York Times* qui y voit la victoire de l'État de droit, ainsi qu'un « véritable pas en avant vis-à-vis d'une administration qui a essayé de se placer au-dessus de la justice ».

Les *Enemy Combatant Cases* avaient déjà limité en 2004 la possibilité pour l'administration de détenir des suspects sans que ceux-ci puissent présenter leur cause devant les tribunaux américains. Dans *Hamdan*, la Cour suprême vient signifier que, si les situations de guerre aboutissent en règle générale à une extension des pouvoirs du président, elle n'abandonne pas son rôle de gardien de la Constitution, en temps de guerre comme en temps de paix, notamment lorsque les libertés individuelles sont en jeu. Certains commentateurs craignent

cependant que la portée de la décision reste limitée, celle-ci stipulant essentiellement que le président a besoin d'une décision expresse du Congrès pour recourir à des commissions militaires s'il ne veut pas faire appel aux cours martiales régulières. Or, on le sait, dès l'annonce de la décision *Hamdan*, les républicains ont entrepris de déposer un texte visant à autoriser le recours à des commissions militaires.

#### ÉQUILIBRE DES POUVOIRS

Certaines voix critiques, dont celle de Richard A. Epstein, professeur de droit à l'université de Chicago, s'élèvent pour mettre en garde contre « une crise constitutionnelle imminente », car la manière dont les conseillers juridiques de l'administration Bush évoquent les pouvoirs inhérents de la présidence semble impliquer « que les tribunaux ne peuvent pas s'y opposer, pas plus que le Congrès ». Et l'on espère qu'à la suite des prononcés de la Cour dans *Hamdan v. Rumsfeld*, le Congrès réagira de manière tout aussi ferme. Pour les *Congressmen*, qui à la veille des élections législatives redoutaient de se voir taxer de colombes (*doves*) face aux faucons belliqueux (*hawkish*) de l'administration républicaine, la décision *Hamdan* leur ouvre des possibilités nouvelles de s'affirmer en rappelant que, tout en menant une guerre, les États-Unis doivent demeurer fidèles à leurs valeurs constitutionnelles. Il importe en effet que la recherche d'un équilibre entre les considérations de sécurité nationale, d'une part, et les libertés individuelles comme le droit des accusés à des procédures légales et à un procès équitable, d'autre part, ne soit pas laissée à la seule discrétion de l'administration, mais redevienne une

responsabilité partagée entre les branches exécutive et législative du gouvernement.

« Il est un courant de raisonnement juridique dans cette administration qui croit fermement qu'en temps de guerre les deux autres branches du gouvernement ont un rôle restreint ou pas de rôle du tout. Ce courant est sincère, il est loyal, mais, à compter d'aujourd'hui, il est erroné », déclara le sénateur Lindsey O. Graham, en commentant la décision *Hamdan v. Rumsfeld*.

#### SURVEILLANCES TÉLÉPHONIQUES

122 Le raisonnement de la Cour dans *Hamdan* porte également un coup aux arguments du gouvernement visant à défendre le recours aux écoutes téléphoniques, sans mandat judiciaire. En décembre 2005, le *New York Times* révéla que l'administration Bush avait autorisé la NSA à procéder à de telles écoutes. Le quotidien, en citant des fonctionnaires s'exprimant de manière anonyme, soulignait que la mise sur écoute sans mandat de citoyens américains, ordonnée par le président, « se fonde sur des informations classées secrètes qui affirment que le président a les pouvoirs pour ordonner de telles investigations, pouvoirs qui découlent de la *Joint Resolution* du Congrès de septembre 2001 l'autorisant à mener la guerre contre Al-Qaïda et autres groupes terroristes ». La surveillance hors contrôle de la NSA au cours des années Nixon avait amené le Congrès à faire passer une législation visant à établir un équilibre entre les considérations de sécurité nationale et les droits individuels et libertés civiles, le *Foreign Intelligence Surveillance Act*

(FISA<sup>3</sup>), qui prévoyait un examen juridique et une autorisation par mandat avant que le *Justice Department* ne puisse permettre des écoutes téléphoniques pour raisons de sécurité nationale. Le président Bush déclara que son autorité d'ordonner une surveillance électronique sans requérir de mandat préalable était prévue par la Constitution et les lois des États-Unis, et l'*Attorney General* confirma que l'administration puisait son autorité des pouvoirs inhérents du président et de la *Joint Resolution* du Congrès autorisant « l'usage de la force nécessaire et appropriée contre les responsables des attaques du 11 septembre 2001 ». En affirmant que la riposte du gouvernement Bush « visait beaucoup moins à lutter contre Oussama Ben Laden qu'à étendre les pouvoirs du président » et que « l'intention du gouvernement d'utiliser la lutte contre le terrorisme pour renforcer les pouvoirs présidentiels n'a jamais été plus évidente que lors de la mise en place du programme d'écoutes téléphoniques de la NSA », l'*International Herald Tribune* se fait l'écho de critiques largement partagées et fréquemment reprises. Et le quotidien de souligner : « Le président disposait pourtant de moyens légaux pour écouter les appels téléphoniques des suspects et lire leurs courriels. Un tribunal spécial avait été mis en place en vertu d'une loi datant de 1978 pour permettre à l'exécutif d'accomplir cette tâche efficacement et dans le plus grand secret. Mais Bush a préféré ordonner ce qu'il voulait sans consulter quiconque. Quand l'existence de ce programme a été dévoilée, il a ignoré les voix qui l'invitaient à rester dans les limites de la légalité. »

3. Pub. L. 95-511, titre I, 92 Stat. 1796 (25 octobre 1978), codified as amended at 50 U.S.C. 1801 sq.

La Cour ayant rejeté dans *Hamdan* le recours par le gouvernement à la *Joint Resolution* comme fondement suffisant à l'établissement de tribunaux militaires d'exception, le même raisonnement pourrait s'appliquer lorsque l'administration tente de justifier des surveillances téléphoniques non autorisées. Antérieurement, dans *Katz v. United States* (18 décembre 1967), la Cour avait décidé que les protections du quatrième amendement s'étendaient aux circonstances impliquant la surveillance électronique de communications orales sans intrusion physique. Le *Senate Judiciary Committee* avait déclaré que le projet de loi qui donna lieu au FISA avait pour but de « restreindre la pratique par laquelle l'exécutif pouvait mener des opérations de surveillance électronique sans autorisation juridique préalable, en se fondant sur sa propre détermination unilatérale que la sécurité nationale exigeait ou justifiait une telle action ». Le *Senate Judiciary Committee* souligna également le caractère menaçant que pouvait avoir, dans l'esprit de certains citoyens américains, la surveillance électronique menée sans autorisation sur leurs droits constitutionnels, protégés aux termes du premier amendement.

Par ailleurs, les libertés protégées par le quatrième amendement « ne peuvent être garanties de façon appropriée si les opérations de surveillance électronique privée peuvent être menées sous l'autorité de la seule branche exécutive du gouvernement », devait déclarer la Cour suprême dans *United States v. United States District Court* (19 juin 1972). Mais le gouvernement avança l'argument selon lequel l'exigence d'un examen juridique préalable « entraverait l'action du président dans l'acquiescement de son devoir constitutionnel de protéger la sécurité

interne du pays [...] » et affirma que les tribunaux n'auraient « ni les connaissances, ni le savoir, ni les techniques nécessaires pour déterminer s'il y a une raison valable de penser que la surveillance est nécessaire en vue de protéger la sécurité nationale ». Il ajouta que le fait de révéler à un magistrat et au personnel des tribunaux des informations résultant de la surveillance touchant à la sécurité nationale ne manquerait pas de « créer des dangers potentiels sérieux pour la sécurité nationale et la vie d'agents informateurs », en raison du risque ainsi augmenté de fuites d'informations. Admettant que « les devoirs d'investigation de l'exécutif puissent être plus grands dans de tels cas », le juge Powell se prononça en ces termes : « Les causes ayant trait à la sécurité nationale reflètent souvent une convergence des valeurs du premier et du quatrième amendement qui n'est pas présente dans les crimes "ordinaires" ». Bien que les devoirs d'investigation de l'exécutif puissent être plus grands dans de tels cas, le droit constitutionnel sur la liberté d'expression court un risque plus important... Le danger pour la dissidence politique est particulièrement aigu lorsque le gouvernement dit agir pour protéger la "sécurité interne", un concept bien vague. »

Peu après les événements du 11 septembre, David Addington et Dick Cheney tinrent une réunion avec les conseillers juridiques de la NSA dans le bureau du vice-président. Ils les informèrent qu'en tant que commandant en chef le président avait le pouvoir de passer outre les statuts du FISA et du mandat de la cour spéciale lui permettant de mettre sur écoute des citoyens américains, ces pouvoirs s'inscrivant dans les

efforts visant à protéger les États-Unis du terrorisme. Cela valut à l'administration et au président Bush le reproche d'avoir simplement ignoré le FISA plutôt que d'en demander une révision afin de faire face aux besoins de la sécurité nationale.

124 Le Congrès détenant les cordons de la bourse, l'un des moyens dont disposait le pouvoir législatif était de couper les fonds de l'exécutif. John Murtha, Représentant démocrate au sein du *House Appropriation Subcommittee on Defense*, inclut une clause, dans les projets de loi concernant les budgets du Pentagone pour 2005 et 2006, interdisant l'usage de fonds fédéraux pour toute opération visant à obtenir des informations par des moyens qui violeraient le quatrième amendement protégeant la vie privée des citoyens américains. Cependant, la Maison-Blanche résista aux coupes de budget. Le président Bush signa les projets de lois, mais en y attachant des *signing statements*, affirmant que le commandant en chef avait le droit de réunir des informations par tous les moyens qu'il jugeait nécessaires. Ainsi, le *signing statement* accompagnant la signature du budget 2005 soulignait que l'exécutif interpréterait la restriction relative aux dépenses « dans les limites de l'autorité constitutionnelle du président en tant que commandant en chef, y compris pour la conduite d'opérations visant à rassembler des informations dans le cadre de la guerre contre le terrorisme ». Et, lorsque le président signe les propositions de loi avec une déclaration restrictive, les fonctionnaires subordonnés ne risquent-ils pas de suivre cette notification plutôt que de se conformer à la loi ?

L'administration Bush décida donc d'ignorer le FISA, outrepassant ainsi,

depuis 2002, un moyen de contrôle légal établi par le Congrès pour s'assurer que les abus perpétrés sous les administrations précédentes ne seraient pas répétés. Le premier argument mis en avant par l'administration américaine consistait, on l'a dit, à soutenir que le président Bush agissait aux termes du AUMF (*Authorization to Use Military Force Statute in Response to the 9/11 Attacks*), passé par le Congrès afin de soutenir le recours de la force armée. Cet argument n'était cependant pas convaincant, car aucun des membres du Congrès n'avait envisagé que la NSA mette sur écoute des citoyens américains ni mentionné une telle possibilité lors des débats portant sur ce statut. Dans une analyse juridique rendue publique le 19 janvier 2006, le *Justice Department* mit en avant l'argument suivant : « Les activités de la NSA se fondent sur l'autorité constitutionnelle bien admise du président, en tant que commandant en chef et unique organe de la nation compétent dans le domaine des affaires étrangères, de mener des missions de surveillance non autorisées de forces ennemies, pour rassembler les informations nécessaires à la détection et à la mise en échec des attaques armées contre les États-Unis. »

La réaction du public et du Congrès concernant la mise sur écoute de citoyens américains par la NSA fut plus ou moins étouffée par les déclarations du président Bush affirmant que les interceptions de communications internationales concernent uniquement des personnes « ayant des liens connus avec Al-Qaida ou d'autres organisations terroristes liées à ce réseau ». Cependant, le public et la plupart des membres du Congrès ne connaissent pas l'étendue de ces écoutes

téléphoniques. L'administration refuse systématiquement d'en discuter. Contrairement à la saisie par le président Truman des usines d'acier, qui était un acte flagrant, la mise sur écoute de citoyens par la NSA n'est ni visible ni connue.

La viabilité d'un gouvernement représentatif et ses limites constitutionnelles ne peuvent être remises en cause par un petit nombre de personnes proches du pouvoir, ou par des briefings menés par des fonctionnaires de l'exécutif ou encore par l'action d'une poignée d'avocats au sein de cette même branche. « Nous sommes [...] un État de droit, a déclaré le président Bush le 11 janvier 2006. Nous avons une Constitution qui guide le partage des pouvoirs dans notre pays. Et j'étais profondément sincère lorsque j'ai mis la main sur la Bible et que je me suis engagé à respecter la Constitution. » L'État de droit ne signifie-t-il pas, s'agissant du FISA entre autres, que le pouvoir législatif fait les lois et que le président s'y soumet en veillant à ce qu'elles soient fidèlement exécutées ? Le juge Jackson le dit bien qui souligne : « Les hommes n'ont trouvé d'autres techniques pour préserver long-

temps un gouvernement libre que celles qui consistent à ce que le pouvoir exécutif soit soumis à la loi, et que celle-ci soit adoptée par le biais de délibérations parlementaires. »

Il faudra attendre un certain temps avant que des enquêtes du Congrès ne viennent fournir des détails sur l'étendue des activités de la NSA et donner la mesure dans laquelle celles-ci ont envahi les communications privées n'ayant aucun rapport avec Al-Qaida ou des organisations terroristes.

Les pouvoirs inhérents de la présidence sont très en vogue dans cette administration, ils sont sollicités à une échelle et avec une ampleur jamais revendiquées ni par Truman ni par aucune autre administration auparavant. Et les contreponds visant à préserver les fondements d'un gouvernement constitutionnel ne dépendent que de la réaction du Congrès, du pouvoir judiciaire, des médias et du public. Lorsque les pouvoirs inhérents ne sont plus contrôlés, l'État de droit se retrouve réduit à la définition que veut bien en donner le président, et le gouvernement se dirige de manière inquiétante vers l'autocratie.