

Les *War Powers* en droit constitutionnel américain : état des lieux et perspectives

En 1907, désireux de montrer que les États-Unis étaient devenus une grande puissance militaire, le Président Roosevelt prit la décision de déployer les seize cuirassés de l'*US Navy* pour une patrouille mondiale sous forme de démonstration de force. Cette décision grandiose, sans précédent dans l'histoire américaine, suscita le scepticisme de certains membres du Congrès, qui voyaient d'un mauvais œil l'Exécutif s'arroger une telle prérogative. Sur le ton de la provocation, Roosevelt rétorqua que les cuirassés avaient assez de carburant pour faire le voyage aller. Il n'appartenait qu'aux chambres de bloquer les fonds nécessaires au voyage retour, et de laisser les fiers bateaux en rade dans les ports étrangers. Évidemment, le Congrès s'inclina¹.

Cette anecdote rappelle que les tensions institutionnelles autour des « *War Powers* » sont une donnée constante du droit constitutionnel américain. Les causes en sont largement connues. Elles prennent leurs racines dans le texte même de la Constitution des États-Unis, et dans le partage opéré dans les compétences militaires entre le Congrès et le Président. Selon la section 8 de l'Article 1, au premier est reconnue la compétence de « déclarer la guerre », de « lever et d'entretenir les armées » et d'entretenir une marine, et enfin « d'établir les règles pour le gouvernement et la régulation des forces terrestres et navales ». Quand, selon la section 2 de l'Article 2, la fonction de « commandant en chef de l'Armée et de la Marine des États-Unis » revient au second. La logique de ce partage des pouvoirs, à la fin du XVIII^e siècle, était marquée par une profonde défiance envers l'Exécutif. Ce dernier ne devait être qu'un « général en chef », une fonction de nature purement opérationnelle, se contentant de livrer bataille aux ennemis désignés par le Congrès, avec les moyens accordés par lui et selon les règles qu'il détermine².

Les frictions sur les contours exacts des compétences de l'une et l'autre institution ont certes émaillé le XIX^e siècle, mais ce furent les années 1900 qui virent l'équilibre être bouleversé. Les États-Unis commencèrent à s'affirmer sur la scène internationale, et la force armée s'imposa alors comme un instrument incontournable du dialogue entre les puissances. En outre, l'ambition de l'Exécutif trouva des appuis dans la jurisprudence de la Cour Suprême. Originellement, les *Justices* semblaient pourtant suivre la logique des Pères Fondateurs. Statuant dans *Fleming*

¹ Anecdote tirée de R. KENNEDY, *The Road to War: Congress' Historic Abdication of Responsibility*, vol. 1, Santa Barbara, Praeger Security International, 2010, p. 76.

² *Ibid.*, p. 36-39 ; A.M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, Boston, Houghton Mifflin, 2004, p. 1 *sqq.* ; v. aussi J.C. YOO, « The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers », *California Law Review*, 84/2, 1996, p. 167.

v. *Page* en 1850, la Cour affirma ainsi que les pouvoirs du président sont « purement militaires », ce qui doit s'entendre comme relevant d'une fonction exclusivement exécutive³. Cette volonté précoce de cantonner le président à un rôle secondaire en matière militaire se heurta cependant aux développements consécutifs à la jurisprudence *In Re Neagle*. Celle-ci, rendue en 1890, affirma l'existence au profit du président de pouvoirs qui, bien que non expressément prévus par le texte de la Constitution, s'analysent comme étant « inhérents et nécessaires » à l'exercice des compétences présidentielles⁴. Dégagée en dehors du domaine militaire, cette théorie des « pouvoirs inhérents » trouva dans cette matière un terrain très fertile. Elle offrait la possibilité aux présidents de réinterpréter les précédents judiciaires dans un sens plus favorable à l'action exécutive, comme en témoigne l'utilisation qui fut faite à partir de cette date de *Fleming v. Page* dans les argumentaires présidentiels. La Cour Suprême avait eu pour ambition dans cet arrêt de consacrer la plénitude du commandement militaire du président *après la décision du Congrès de déclencher les hostilités*. L'Exécutif commença au contraire à s'appuyer sur ses « pouvoirs inhérents » pour prétendre qu'il n'a pas à attendre un vote dans les Chambres pour agir comme commandant en chef⁵.

Ce phénomène se renforça par la consécration, en parallèle, du rôle prédominant du président en matière internationale. Dans son arrêt *United States v. Curtiss-Wright Exports* rendu le 21 décembre 1936, la Cour Suprême reconnut au président des États-Unis un « pouvoir exclusif » en tant que « seul organe du gouvernement fédéral dans le champ des relations internationales⁶ », ce qui eut pour conséquence d'accroître la tentation exécutive de s'appuyer sur la force armée pour conduire la diplomatie des États-Unis. Outre l'anecdote rapportée plus haut, d'autres épisodes marquèrent l'élargissement progressif des compétences militaires du président face à un Congrès incapable de se défendre en pratique⁷. La guerre du Viêt-Nam en marqua l'apogée, à partir duquel l'institution parlementaire tenta de rétablir un semblant d'équilibre. Elle le fit par le vote de la célèbre *War Powers Resolution*, désormais codifiée au chapitre 33 du Titre 50 de l'*US Code* (§ 1541 à 1549). Par ce texte, le Congrès réaffirme sa compétence constitutionnelle dans le domaine militaire, en prenant le contre-pied complet des prétentions de l'Exécutif forgées depuis de nombreuses années⁸. Les chambres affirment qu'il leur revient à elles, et à elles seules, de décider des opérations militaires. Le président n'est en conséquence autorisé à « engager les forces des États-Unis au combat » qu'en trois hypothèses explicitement définies. Les deux premières font appel à une autorisation *a priori* du Congrès, que celle-ci prenne la forme d'une « déclaration de guerre » ou d'une « autorisation législative spécifique ». La troisième, quant à elle, reconnaît une compétence déléguée au président en cas « d'urgence nationale consécutive à une attaque contre les États-Unis, ses possessions, ses territoires ou ses forces armées » (§ 1541 (c), Titre 50 *US Code*). Cependant, dans ce dernier cas, afin d'éviter le contournement du Congrès, la section 1544 du Titre 50 précise que le président devra

³ *Fleming v. Page*, 50 U.S. 603 (1850).

⁴ *In Re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890).

⁵ R. KENNEDY, *The Road to War*, *op. cit.*, p. 72 *sqq.*

⁶ *United States v. Curtiss-Wright Exports*, 299 U.S. 304, 319-320 (1936).

⁷ Pour une présentation de ce processus, v. R. KENNEDY, *The Road to War*, *op. cit.*

⁸ Pour une présentation en français, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse : L. KLEIN, *Le contrôle civil de la force armée en démocratie. Droit et pratique de la suprématie civile dans les démocraties contemporaines*, Paris, Mare et Martin, 2020, p. 482 et 494 *sqq.*

retirer les troupes engagées sous soixante jours en l'absence du vote d'une autorisation parlementaire. Le vocabulaire est donc très volontariste quant à l'affirmation du rôle du Congrès. Sans surprise, le Président Nixon opposa son veto au texte, arguant de son inconstitutionnalité. Les deux chambres surmontèrent cependant le veto, avec pour conséquence que la « *War Powers Resolution* » aboutit à cristalliser une opposition frontale entre les deux branches du gouvernement. Face au Congrès, l'Exécutif affirmait en effet que le texte était contraire aux pouvoirs du président inhérents à l'Article 2 de la Constitution, telles que la pratique du XX^e siècle les a forgées⁹.

Néanmoins, l'intelligence respective des Congrès et des présidents successifs permit à un compromis de se construire. D'un côté, les contours de la *War Powers Resolution* sont relativement flous, en particulier sur la question de la computation des délais quand le président s'inscrit dans la troisième hypothèse d'emploi de la force armée¹⁰. De l'autre côté, les présidents comprennent l'intérêt de « jouer le jeu » afin de s'assurer le soutien, en particulier financier, du Congrès. Sans reconnaître complètement la constitutionnalité de la *War Powers Resolution*, et affirmant toujours agir « en vertu de l'autorité de commandant en chef », les présidents font en sorte d'éviter les conflits frontaux avec le Congrès. En retour, ce dernier se formalise peu des approximations autour des délais et soutient globalement les opérations décidées par le président, quand il ne les autorise pas lui-même explicitement¹¹.

L'absence de conflit direct entre le Congrès et le président permet enfin au troisième pouvoir de se tenir également à distance. Les recours de certains membres du Congrès plus vindicatifs ne peuvent en effet prospérer devant les juridictions, lesquelles tirent argument du défaut d'enjeu contentieux¹². Tel fut par exemple le sort du recours déposé en juin 2011 par dix membres de la Chambre des Représentants contre la décision du Président Obama de faire participer les forces américaines aux frappes contre le régime libyen. Dans sa décision *Kucinich v. Obama*, rendue le 20 octobre 2011, la *U.S. District Court for the District of Columbia* rejeta le recours pour défaut des parlementaires d'intérêt à agir, relevant que les demandeurs agissaient comme membres d'une chambre qui n'avait pris aucune mesure institutionnelle pour s'opposer à la décision présidentielle¹³.

Le paysage constitutionnel en matière de *War Powers* à l'aube du XXI^e siècle peut donc se définir comme une sorte de *Gentlemen's Agreement* entre les trois branches du gouvernement. Cependant, cet équilibre repose sur des bases fragiles. L'enlèvement des États-Unis dans une « guerre contre le terrorisme international » dont les itérations n'en finissent pas de se succéder bouscule le *statu quo* entre les pouvoirs, et les opérations de cette guerre s'inscrivent de plus en plus difficilement dans le

⁹ R. KENNEDY, *The Road to War*, op. cit., p. 102-107.

¹⁰ V. sur ce point l'analyse classique : J. ELY, « Suppose Congress wanted a War Powers Act that worked », *Columbia Law Review*, 88, 1988, p. 1379-1386.

¹¹ Pour une présentation détaillée des relations entre les deux institutions à l'occasion de chaque opération depuis 1973 jusqu'en 2012, v. R.F. GRIMMETT, *War Powers Resolution: Presidential Compliance*, Congressional Research Service, 2012.

¹² V. sur ce point une autre étude à l'initiative du Congrès : M.J. GARCIA, *War Powers Litigation Initiated by Members of Congress Since the Enactment of the War Powers Resolution*, Congressional Research Service, 2012.

¹³ *Kucinich v. Obama*, 821 F. Sup. 2d 110 (D.D.C. 2011).

canevas conventionnel sur lequel s'est construit l'équilibre. Dans un premier temps, l'entrée des États-Unis dans la « guerre contre le terrorisme » s'était pourtant faite dans le consensus. À la suite de l'horreur des attentats du 11 septembre 2001, le Président Bush obtint les coudées franches du Congrès pour mener la riposte américaine, par le vote de la *Authorization for Use of Military Force* du 18 septembre 2001¹⁴. L'heure était à l'unité, mais le vocabulaire du texte en soulignait déjà l'ambiguïté. L'AUMF précise en effet, en sa section 2 (b) (1), qu'elle constitue une autorisation expresse au sens de la *War Powers Resolution* ; tout en reconnaissant, dans ses considérants de préambule, que le président « a autorité, selon la Constitution, pour prendre les actions pour dissuader et prévenir les actes de terrorisme international contre les États-Unis ». Les mêmes termes se retrouvent dans la seconde AUMF, votée le 16 octobre 2002 (*Public-Law 107-243*) et tournée spécifiquement contre l'Irak.

Sur ces bases, les présidents successifs, en particulier Barak Obama, déclenchèrent plusieurs opérations en se réclamant ensemble des pouvoirs inhérents du président comme *commander in chief* et des AUMF de 2001 et 2002. Un cap fut à cet égard franchi dans la guerre tentaculaire en 2014, quand le Président Obama plaça l'extension des opérations américaines contre l'État Islamique en Syrie sous ce double parapluie constitutionnel, un précédent qui fut réitéré plusieurs fois, par exemple pour le Yémen¹⁵. L'interprétation de plus en plus extensive des AUMF de 2001 et de 2002 montre cependant ses limites. En 2015, dans une lettre au Congrès, le Président Obama le reconnaissait d'ailleurs : une nouvelle AUMF, spécifiquement taillée pour la lutte contre l'État Islamique, devenait souhaitable pour clarifier la stratégie antiterroriste des États-Unis¹⁶. La définition de cette nouvelle stratégie entraîna cependant de houleux débats sur le champ géographique et matériel des opérations militaires, et les tentatives de compromis ont pour l'instant toutes échoué¹⁷.

L'heure n'est plus au *Gentlemen's Agreement*. Plus fondamentalement, la remise en cause de l'interprétation des AUMF repose en filigrane la question des pouvoirs inhérents du président dans le domaine militaire, des pouvoirs que le chef de l'Exécutif n'a jamais abandonnés. Depuis l'arrivée de Donald Trump à la Maison Blanche, la rhétorique des pouvoirs inhérents du *commander-in-chief* a d'ailleurs pris une nouvelle vigueur, comme en témoigne la justification officielle des frappes de représailles contre l'usage d'armes chimiques par le régime syrien de Bachard Al-Assad en avril 2018¹⁸. Du côté du Congrès, le ton se durcit de la même

¹⁴ Le texte sera abrégé « AUMF » dans la suite de cet article, ainsi qu'il est couramment cité par la littérature américaine.

¹⁵ V. sur ce point : M. WEED, *Presidential References to the 2001 Authorization for Use of Military Force in Publicly Available Executive Actions and Reports to Congress*, Congressional Research Service, 2016.

¹⁶ *Letter from the President to the Congress of The United States*, 11 février 2015 [<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/02/11/letter-president-authorization-use-united-states-armed-forces-connection>].

¹⁷ V. sur ce point : T.W. REZNIK, « The Risk of Delay: The Need for a New Authorization for Use of Military Force », *Joint Forces Quarterly*, 87, 2017, p. 38-45.

¹⁸ « April 2018 Airstrikes Against Syrian Chemical-Weapons Facilities. Memorandum Opinion For the Counsel to the President », *Opinion of the Office of Legal Counsel*, 31 mai 2018 [<https://www.justice.gov/olc/opinion/april-2018-airstrikes-against-syrian-chemical-weapons-facilities>].

manière. Le 13 décembre 2018, pour la première fois, le Sénat vota une *Joint Resolution* en application des dispositions codifiées de la *War Powers Resolution* pour enjoindre au président de cesser les opérations militaires au Yémen¹⁹. Le texte ne fut jamais étudié par la Chambre des Représentants, mais les chambres issues des élections de novembre 2018 ne tardèrent pas à se ressaisir de l'enjeu. La Chambre des Représentants vota la *H.J.Res.37 (116th Congress)* le 13 février 2019, à laquelle le Sénat répondit par la *S.J.Res7 (116th Congress)* le 13 mars. Ce dernier texte emporta l'adhésion de la Chambre, qui l'adopta définitivement le 4 avril 2019. La *Resolution* arriva ensuite sur le bureau du Président Trump, qui opposa formellement son veto le 16 avril, avec pour conséquence de cristalliser pour la première fois l'opposition entre les deux pouvoirs constitués des États-Unis.

Le conflit demeure cependant encore de nature politique. En effet, à ce stade, il importe de relever que la Cour Suprême a déjà eu à préciser les règles du jeu de ce type d'opposition. Dans leur arrêt *INS v. Chadha*, rendu en 1983, les *Justices* rappelaient que les *Resolutions* du Congrès ne deviennent loi qu'après signature du président, qui peut la refuser par le veto. En cas d'utilisation du veto présidentiel, il appartient aux chambres de le surmonter par la majorité qualifiée, conformément aux dispositions constitutionnelles, sous peine que leur *Resolution* n'emporte aucun effet contraignant²⁰. Appliquée à l'espèce des opérations actuelles au Yémen, la jurisprudence *INS v. Chadha* réduit fortement la portée des votes de mars et avril 2019. Les équilibres partisans au sein des deux chambres du Congrès n'incitent en effet pas à penser que le veto présidentiel puisse être surmonté en l'état. Pour autant, il ressort de cet épisode que l'atmosphère n'est clairement plus à l'entente et que le conflit institutionnel devient une possibilité sérieuse.

Si l'orage commence à gronder entre l'Exécutif et le Congrès, la troisième branche du gouvernement fédéral pourrait se retrouver également prise à son tour dans la tempête. Déjà en 2015, Bruce Ackerman pointait la responsabilité de la Cour Suprême, et se faisait l'avocat d'un arbitrage judiciaire du contentieux autour des *War Powers*²¹. Il restait cependant à trouver un point d'entrée contentieux que la jurisprudence des *Justices* n'avait pas déjà fermé. Le même Bruce Ackerman le trouva l'année suivante, par l'intermédiaire d'un jeune officier.

Nathan Michael Smith est un capitaine du Corps des Marines, en poste au centre de commandement de l'opération *Inherent Resolve*, celle-là même décidée par Barack Obama contre l'État Islamique en Syrie. Comme tous les officiers américains, il a prêté serment à la Constitution. Or, selon lui, sa participation à *Inherent Resolve* le met en contraction avec son serment. Son raisonnement est d'une simplicité élégante : *Inherent Resolve* ne pouvant, selon le capitaine Smith, se rattacher à l'AUMF de 2001, il en résulte qu'elle a été décidée en violation des compétences constitutionnelles du Congrès. Partant, son serment de respect de la Constitution l'empêche d'y prendre part²². L'officier n'a dès lors d'autre choix que de se tourner vers la

¹⁹ V. sur le site du Congrès [<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-joint-resolution/54>].

²⁰ *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

²¹ B.A. ACKERMAN, « Can the Supreme Court Force Congress to Own the War on ISIS? », *The Atlantic*, 25 août 2015 [<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/08/supreme-court-and-isis/402155/>].

²² V. la présentation de l'argument par Bruce Ackerman dans B.A. ACKERMAN, « Is America War on ISIS Illegal? », *New York Times*, 4 mai 2016 [<https://www.nytimes.com/2016/05/05/opinion/is-americas-war-on-isis-illegal.html>].

justice, pour lui demander de constater que le président des États-Unis le force à violer son serment en le déployant dans le cadre de *Inherent Resolve*.

Nathan Smith ira jusqu'au bout, et déposera son recours devant la *U.S. District Court for the District of Columbia* le 4 mai 2016. Et voici que le pouvoir judiciaire se trouve saisi, directement, de la question des *War Powers*. La réponse de la juridiction sera très embarrassée. Une pirouette contentieuse permettra au recours de mourir en appel pour caducité, du fait de la démission du demandeur du Corps des Marines et de son retour à la vie civile intervenu en cours d'instance²³. Cependant, les questions de droit posées par l'affaire ne peuvent que susciter l'intérêt. Le vœu formulé par Bruce Ackerman en 2015 semble en effet en bonne voie de se réaliser. Une porte contentieuse s'est ouverte. Cette incursion du judiciaire s'ajoutant au climat d'opposition croissante entre le Congrès et le président, le droit américain pourrait dès lors se trouver à l'aube d'un rééquilibrage majeur en matière militaire.

Il n'est évidemment pas possible d'anticiper sur ce que seront les résultats de ce rééquilibrage. Cependant, la probabilité qu'il survienne en cette fin des années 2010 du fait du réveil concomitant du Congrès et des juges est importante. L'intérêt est donc évident de se pencher plus en détail sur les composantes de l'équilibre susceptibles d'être redéfinies. À cet égard, deux éléments se détachent de toutes les considérations précédentes. Tout d'abord, le précédent du capitaine Smith pourrait tracer les contours d'un juge enfin arbitre des *War Powers* (I), ce qui mettrait ce dernier aux prises avec le délicat redécoupage des responsabilités dans la guerre contre le terrorisme international (II).

I. LE POUVOIR JUDICIAIRE EN ARBITRE DES *WAR POWERS* : LES ENSEIGNEMENTS DE L'AFFAIRE NATHAN SMITH

Le contentieux initié par le capitaine Smith ne s'est pas terminé en sa faveur. La conclusion devant la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, plus particulièrement, est décevante. Après avoir entendu les arguments oraux à la fin de l'année 2017, les juges d'appel ont attendu plus de sept mois avant de rendre leur décision. Entre temps, le demandeur avait remis sa démission des forces armées, ce qui permettait à la Cour de rejeter d'office son recours le 10 juillet 2018. Pour autant, la décision de première instance, rendue par la *District Court for the District of Columbia* le 21 novembre 2016, reste riche d'enseignements. Elle témoigne de la friolité des juges, qui cherchent dans la procédure un moyen d'éviter d'entrer de plein pied dans la controverse autour des *War Powers*. L'esquive procédurale, exemplifiée par l'affaire Smith, n'emporte cependant pas la conviction. Au contraire, cette espèce incite à penser que la porte est bien ouverte, et que les obstacles de forme à l'implication du pouvoir judiciaire dans la controverse des *War Powers* sont tout à fait surmontables.

Le recours de Nathan Smith fut rejeté sans étude au fond pour deux raisons. La première tenait au défaut d'intérêt à agir de l'officier, la seconde à l'invocation de la célèbre doctrine de la *Political Question*. Ces deux arguments méritent d'être étudiés de près, car aucun ne fait réellement obstacle à l'irruption du juge dans le contentieux des *War Powers*. Le moyen du défaut d'intérêt à agir, tout d'abord, est spécifique au cas du capitaine Smith et ne ferme nullement la porte du prétoire aux

²³ *Nathan Michael Smith v. Donald J. Trump*, No. 16-5377, (D.C. Cir. 2018).

militaires (A). L'application de la doctrine de la *Political Question*, ensuite, appelle de sévères critiques au vu de la jurisprudence de la Cour Suprême en la matière (B).

A. L'intérêt à agir du militaire comme clé d'entrée du juge

Le pouvoir judiciaire se trouve dans une situation fondamentalement différente de celle du Congrès ou du président. Sa mission est, selon la formule maintes fois célébrée du *Chief Justice* Marshal dans *Marbury v. Madison* de « dire ce qu'est le droit²⁴ », ce qu'il ne peut faire qu'en étant *saisi* d'un contentieux. Le juge n'intervient donc dans l'arène constitutionnelle que de manière *indirecte*, en ce qu'il lui est demandé, dans le cadre d'un litige, de trancher des prétentions opposées. Il n'est pas à l'origine de l'action, il en est la conclusion. Cela explique pourquoi, dans le cadre des *War Powers*, la Cour Suprême a réussi pour l'instant à se tenir à distance. Le désaccord entre les deux autres branches du Gouvernement autour de leurs compétences respectives demeure en effet au niveau politique. Les prétentions du Congrès et du président s'opposent, mais le compromis politique est recherché dans chaque cas particulier. L'actualité récente autour des opérations américaines au Yémen en témoigne. Si le Congrès et le président sont en opposition sur la question depuis le vote de la *Resolution* et le veto d'avril 2019, la teneur des déclarations de part et d'autre montre que les acteurs ne recherchent pas un conflit stérile de principe. Par leur *Resolution*, les chambres cherchaient moins à censurer le président qu'à s'assurer un levier pour peser concrètement sur la conduite des opérations militaires. La controverse des *War Powers* est un moyen au service d'une fin : obliger la présidence à des compromis.

En d'autres termes, le président et les chambres préfèrent la négociation plutôt que le contentieux. Ce *statu quo* volontaire entraîne une conséquence déterminante en termes procéduraux. En l'absence de contentieux entre institutions, le juge refuse en effet de reconnaître un intérêt à agir aux membres individuels du Congrès. C'est ainsi pour défaut d'intérêt à agir que les juridictions ont pu régulièrement faire un sort aux recours intentés par des parlementaires²⁵. À cet égard, la jurisprudence des *Justices* n'est pas limitée aux *War Powers*. Il s'agit au contraire d'une grille de lecture classique, systématisée dans un arrêt *Raines v. Byrd* du 26 juin 1997. Dans cet arrêt, la Cour rejeta le recours de membres du Congrès ayant voté contre un texte fiscal, en considérant que leur qualité individuelle de membre ne leur donnait pas un intérêt à agir suffisant²⁶. En principe, dès lors, les membres du Congrès ne peuvent agir contre une décision présidentielle en cette qualité, sauf à y avoir été spécialement habilités par leur chambre, ce qui suppose que le conflit entre les branches du Gouvernement cesse d'être purement politique²⁷.

L'étape initiale de l'intérêt à agir (*standing*) paraît donc difficile à franchir. D'où l'intérêt du précédent du capitaine Nathan Smith, qui offre une nouvelle possibilité

²⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 137 (1803)

²⁵ V. *supra* dans l'introduction de cet article.

²⁶ *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811 (1997).

²⁷ Cette jurisprudence trouve par exemple à s'appliquer dans les hypothèses de contestation des *Executive Orders*. V. sur ce point S. BENZINA, « Les *Executive Orders* du président des États-Unis comme outil alternatif de législation », *Jus Politicum*, 20-21, 2018, p. 513 [<http://juspoliticum.com/article/Les-executive-orders-du-president-des-Etats-Unis-comme-outil-alternatif-de-legislation-1239.html>].

de « judiciariser » le contentieux des *War Powers*. Le point de départ n'est désormais plus de nature abstraite. Il s'agit d'un *individu* cherchant à protéger ses droits et à remplir son devoir. En d'autres termes, la querelle autour des *War Powers* quitte l'arène politique pour devenir une véritable question de droit : le président des États-Unis détient-il l'autorité nécessaire pour ordonner aux militaires de participer à une opération non-approuvée par le Congrès ?

Pour simple que soit la question, la barrière du *standing* demeure délicate à franchir. Et c'est sur ce point que le précédent du capitaine Smith mérite une analyse approfondie.

Tout d'abord, il est à noter que Nathan Smith n'a pas choisi la voie contentieuse qui semblait la plus directe. Si son opinion était faite quant à l'illégalité de son ordre de déploiement au sein de l'opération *Inherent Resolve*, il aurait tout simplement pu faire le choix de ne pas y déférer. Un contentieux pour insubordination aurait alors démarré, au cours duquel il aurait pu exciper de l'illégalité de l'ordre de déploiement. Le capitaine Smith n'a pas fait ce choix, déclarant au contraire qu'il continuerait à suivre les ordres reçus jusqu'à la résolution judiciaire de sa question²⁸. Bien lui en prit, car l'hypothèse de la désobéissance directe ne lui aurait pas été favorable.

En tant que militaire d'active, Nathan Smith était soumis au *Uniform Code of Military Justice*, dont les dispositions sont codifiées aux sections 801 et suivantes du Titre 10 de l'*US Code*. Conformément à ce texte, les membres des forces armées sont soumis à un ordre juridictionnel spécifique, distinct des juridictions civiles. Cet ordre de juridiction est, entre autres, garant de la discipline militaire, et connaît en conséquence des refus d'obéissance. Un militaire d'active refusant d'exécuter un ordre tombe ainsi sous le coup de l'Article 92 du Code²⁹, qui prévoit qu'il sera puni « ainsi qu'une cour martiale le décidera ». La formulation exacte de l'Article 92 semble cependant donner une chance au militaire souhaitant se saisir de la querelle autour des *War Powers*. La disposition précise en effet que la traduction en cour martiale est encourue pour la désobéissance à tout ordre « légal ». Ce texte semble dès lors ouvrir la possibilité au militaire d'exciper de l'illégalité de son ordre de déploiement, en ce qu'il aurait été donné en violation de la Constitution. Dans une telle hypothèse, la cour martiale serait saisie de la question de droit autour de la distribution des *War Powers*. Après épuisement des voies de recours, la question se retrouverait ensuite devant la Cour Suprême des États-Unis³⁰.

La jurisprudence sur l'Article 92 du *Uniform Code of Military Justice* ne valide cependant pas un tel raisonnement. Le caractère légal ou illégal de l'ordre donné est certes un enjeu réel devant les cours martiales, mais il n'est pris en considération que dans des hypothèses très spécifiques. Il s'agit tout particulièrement des situations de méconnaissance du droit international des conflits armés, ou encore lorsque l'ordre donné aboutirait directement à l'exécution d'un acte visiblement

²⁸ B.A. ACKERMAN, « Is America War on ISIS Illegal ? », *op. cit.*

²⁹ *Uniform Code of Military Justice*, art. 92, codifié à la section 892 du Titre 10 de l'*US Code*.

³⁰ Pour une présentation détaillée de la justice militaire aux États-Unis et ses rapports avec l'ordre juridictionnel civil, nous nous permettons également de renvoyer à notre thèse : L. KLEIN, *Le contrôle civil de la force armée en démocratie*, *op. cit.*, p. 417-432.

illégal (par exemple : l'ordre de commettre un meurtre ou un viol)³¹. La plus haute juridiction de l'ordre militaire, la *Court of Appeals for the Armed Forces*, composée de juges civils, a synthétisé sa position à cet égard dans un arrêt de 1992 *United States v. Johnson*³². Il en ressort que l'Article 92 ne saurait ouvrir à un militaire un moyen de désobéir aux ordres reçus, sauf si l'illégalité de l'ordre est manifeste. En conséquence, le moyen de défense basé sur l'illégalité de l'ordre de déploiement apparaît voué au rejet d'office.

Un précédent jurisprudentiel confirme ce raisonnement. Celui-ci mettait aux prises l'expert médical militaire Michael G. New avec l'*US Army*, concernant le déploiement du premier au sein du *United Nations Preventive Deployment Force* en République de Macédoine au cours de l'été 1995. L'officier émettait des réserves quant à la légalité de la participation de l'*US Army* à cette opération des Nations Unies, et le contentieux finit par éclater sur une querelle d'uniforme : Michael New refusa de porter sur son uniforme de combat l'insigne des Nations-Unis à côté de celui de l'*US Army*. Après plusieurs semonces infructueuses de ses supérieurs, Michael New fut déféré en cour martiale sur le fondement de l'Article 92 du *Uniform Code of Military Justice*. Devant la cour militaire, il excipa de multiples moyens tendant à démontrer l'illégalité de l'ordre lui enjoignant de coudre l'insigne des Nations Unis sur son uniforme. Un argument en particulier est intéressant dans le cadre de cette étude : Michael New reprochait à l'ordre son défaut de base légale, en ce qu'il aurait été pris en exécution de l'ordre du président de procéder au déploiement en Macédoine sous l'égide de l'ONU, *alors que* cet ordre présidentiel méconnaissait selon lui le *United Nations Participation Act*. Le détail de ce raisonnement est peu pertinent ici, mais la similitude du moyen avec la querelle des *War Powers* mérite d'être soulignée. Au centre de sa défense contre l'accusation d'insubordination, l'officier plaçait une question de droit concernant la répartition des compétences constitutionnelles entre le président et le Congrès.

La cour martiale, puis l'*Army Criminal Court of Appeals*, rejetèrent le moyen³³. Reprenant l'analyse de la question, la *Court of Appeals for the Armed Forces* confirma l'interprétation de l'Article 92 par les juges inférieurs, en citant expressément le précédent *United States v. Johnson* de 1992³⁴. Pour la plus haute juridiction de l'ordre militaire, une telle question de droit n'est donc pas un moyen de défense recevable dans le cadre d'une cour martiale pour insubordination. Le précédent Michael New ne s'arrête néanmoins pas là en ce qui concerne le cadre de cette étude. L'infortuné officier décida en effet d'en appeler à l'arbitrage final de la justice civile, et déposa en ce sens une requête en *Habeas Corpus* auprès de la *District Court for the District of Columbia*³⁵. Son recours fut rejeté en première instance³⁶, mais

³¹ V. sur ce point M.W. HOBEL, « "So Vast an Area of Legal Irresponsibility"? The Superior Orders Defense and Good Faith Reliance on Advice of Counsel », *Columbia Law Review*, 2011, p. 574-623.

³² *United States v. Johnson*, 45 M.J. 88 (C.A.A.F. 1996)

³³ *United States v. New*, 50 M.J. 729, 737-739 (A.Ct.Crim.Ap.1999).

³⁴ *United States v. New*, 55 M.J. 95, 108 (C.A.A.F. 2001).

³⁵ Les juridictions fédérales peuvent être saisies en *Habeas Corpus* par un membre des forces armées soumis aux juridictions militaires, mais à la condition que les voies de recours internes des juridictions militaires soient épuisées.

³⁶ *United States ex rel. New v. Rumsfeld*, 350 F.Supp.2d 80 (D.D.C. 2004)

l'officier persista en appel, où l'*Habeas Corpus* fut définitivement rejeté par la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*.

Rédigeant l'opinion de la Cour, le Juge Williams confirme le raisonnement de la première instance fédérale. Il rappelle tout d'abord l'étendue des pouvoirs des juridictions civiles saisies en *Habeas Corpus* contre les juridictions militaires. À cet égard, la jurisprudence de la Cour Suprême est en effet claire : depuis l'édiction du *Uniform Code of Military Justice*, la plus haute autorité judiciaire des États-Unis a toujours rappelé que les juridictions établies sous l'empire de ce code constituent un ordre juridictionnel à part, dont la justice civile doit respecter les contours. Ainsi, selon l'opinion majoritaire de la Cour Suprême dans *Schlesinger v. Councilman* du 25 mars 1975, les cours civiles doivent se limiter aux hypothèses dans lesquelles le jugement militaire est manifestement mal fondé (« *lack of jurisdiction or some other equally fundamental defect* »). Plus encore, l'appréciation du « défaut » (*defect*) par le juge civil doit se faire « en accord avec la *déférence* qui doit être accordée aux jugements d'une justice militaire construite avec soin par le Congrès³⁷ » (« *in light of the deference that should be accorded the judgments of the carefully designed military justice system established by Congress* »). Combinant ce précédent avec une jurisprudence plus ancienne de la Cour Suprême, mais allant dans le même sens d'une restriction de la marge de manœuvre des juges civils³⁸, le Juge Williams conclut que le contrôle du juge fédéral doit se limiter à l'erreur manifeste. Or, l'application de ce standard au raisonnement de la *Court of Appeals for the Armed Forces* dans l'affaire New ne laissait guère planer de doute sur le résultat. Le Juge Williams l'explicite, confirmant « sans difficulté » le raisonnement de la cour militaire sur ce point comme sur tous les autres³⁹.

La décision rendue par la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* le 23 mai 2006 contre Michael New est donc un précédent fort pour affirmer que Nathan Smith a fait le bon choix en choisissant de continuer à obéir aux ordres. Une procédure de cour martiale n'aurait pas permis à un juge de se saisir de la controverse autour des *War Powers*. Au contraire, la procédure suivie par l'officier des *Marines* apparaît beaucoup plus prometteuse, et ce malgré la barrière difficile du *standing*.

Le capitaine Smith a saisi la *District Court for the District of Columbia* d'une demande de « jugement déclaratoire » (*declaratory judgement*). Concrètement, tout en continuant à obéir aux ordres de ses supérieurs, il demandait à la Cour de déclarer que « l'opération *Inherent Resolve* est illégale » et donc que le président devrait mettre un terme à cette opération. Le jugement déclaratoire devant les juridictions fédérales est une procédure codifiée au chapitre 151 du Titre 28 de l'*US Code*. Selon la section 2201 du Titre 28, il consiste en une instance civile dans laquelle une cour fédérale, saisie dans le cadre de sa juridiction, peut « déclarer les droits et autres rapports juridiques de toute partie intéressée recherchant cette déclaration ». La disposition précise ensuite qu'une telle déclaration « a la force d'un jugement définitif » et est « susceptible d'appel » en cette qualité. La section 2202 prévoit enfin qu'un tel jugement peut être accompagné des remèdes (*reliefs*) appropriés. Dans le cadre du litige ouvert par le capitaine Smith, celui-ci demande à ce titre que la Cour déclare que toutes les forces armées des États-Unis doivent se

³⁷ *Schlesinger, v. Councilman*, 420 U.S. 738, 753 (1975).

³⁸ *Burns v. Wilson*, 346 U.S. 137 (1953).

³⁹ U.S. *ex Rel. New v. Rumsfeld*, 448 F.3d 403, 411 (D.C. Cir. 2006)

désengager de toute action contre l'État Islamique, sauf à ce que le Congrès déclare la guerre ou autorise explicitement le président en application des dispositions de la *War Powers Resolution*⁴⁰.

Pour être recevable, une demande de jugement déclaratoire doit, selon la formule de la section 2201 du Titre 28 de l'*US Code*, s'intégrer dans « *a case of actual controversy within [the court's] jurisdiction* ». Il s'agit d'un renvoi à la conception américaine du rôle du pouvoir judiciaire, telle qu'elle découlait déjà de l'Article 3 de la Constitution. Selon l'interprétation constante de la Cour Suprême, il en ressort qu'un juge fédéral ne peut valablement être saisi que si des critères stricts de recevabilité sont remplis⁴¹. Parmi ces critères, l'intérêt à agir constitue l'enjeu central.

L'intérêt à agir devant les juridictions américaines est une notion complexe, dont l'histoire remonte à bien avant la formation même des États-Unis⁴². Ses contours actuels ont été définis par la Cour Suprême dans son arrêt *Lujan v. Defenders of Wild Life* rendu le 12 juin 1992. Il en ressort qu'un demandeur doit justifier la réunion de trois éléments⁴³. Tout d'abord, le demandeur doit avoir souffert une « *injury in fact* », c'est-à-dire une atteinte à un intérêt légalement protégé qui soit concrète, personnelle et actuelle ou imminente. Ensuite, il doit exister un lien de causalité entre l'atteinte invoquée et le comportement du défendeur. Enfin, la procédure intentée doit compter dans les remèdes qu'elle offre un moyen de réparer l'atteinte invoquée⁴⁴.

Dans le cas du capitaine Smith, l'argumentaire de la *District Court* pour lui dénier un intérêt à agir repose principalement sur le premier élément. Tout d'abord, l'officier soutenait que le président des États-Unis l'obligeait à trahir son serment envers la Constitution en le faisant participer à une opération illégale. Cependant, la *District Court* ne suit pas son raisonnement, et considère au contraire que cette prétendue atteinte n'a pas le caractère concret et personnel requis par la jurisprudence *Lujan*⁴⁵. La motivation de la cour sur ce point mérite considération. S'en tenant avec rigueur aux critères dégagés par la Cour Suprême, la *District Court* relève que le simple « effet psychologique » consécutif à « l'observation d'une conduite que l'on désapprouve » ne constitue pas une atteinte suffisante pour conférer un intérêt à agir⁴⁶. De même, la Cour rejette avec la même rigueur l'argument selon lequel l'atteinte résiderait dans l'obligation de l'officier de désobéir à un ordre illégal, désobéissance qui l'exposerait en l'espèce à une condamnation par cour martiale. La *District Court* rappelle en effet la jurisprudence précédemment évoquée de la *Court of Appeals for the Armed Forces*, confirmée par la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, qui considère que l'appréciation de la légalité d'un

⁴⁰ *Michael Smith v. Obama*, 217 F.Supp.3d 283, 288 (D.D.C. 2016).

⁴¹ *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 750 (1984).

⁴² V. sur ce point A. WOOLHANDLER et C. NELSON, « Does History Defeat Standing Doctrine? », *Michigan Law Review*, 102/4, 2004, p. 689-733 ; F.A. HESSICK, « Standing, Injury in Fact and Private Rights », *Cornell Law Review*, 93, 2008, p. 275-328.

⁴³ *Lujan v. Defenders of Wild Life*, 504 U.S. 555, 560-561 (1992).

⁴⁴ V. F.A. HESSICK, « Standing, Injury in Fact and Private Rights », *op. cit.*

⁴⁵ *Michael Smith v. Obama* 217 F.Supp.3d 283, 289-291 (D.D.C. 2016).

⁴⁶ *Ibid.*, p. 290, citant la jurisprudence de la Cour Suprême *Valley Forge Christian Coll. v. Ams. United for Separation of Church & State*, 454 U.S. 464, 485 (1982).

ordre constitue une hypothèse exceptionnelle⁴⁷. Elle relève de même le caractère hypothétique des poursuites, et prend tout particulièrement appui sur le comportement même du capitaine Smith : ce dernier, en effet, a répété à plusieurs reprises qu'il comptait obéir aux ordres⁴⁸.

Les critères de *Lujan* semblaient donc condamner l'argumentaire de l'officier des *Marines*, et cela se comprend au vu du contexte de son recours. En définitive, Nathan Smith échoue à *concrétiser* la question de droit autour des *War Powers*. Il demande à la Cour de prendre position sur une controverse constitutionnelle, sans réussir à montrer en quoi cette prise de position est nécessaire pour faire cesser une atteinte actuelle, concrète, et touchant personnellement ses droits ou ses intérêts. Nathan Smith ne risque aucune poursuite devant une cour martiale, en ce qu'il a déclaré son intention de suivre les ordres. De même, il ne souffre aucune atteinte à sa liberté, en ce qu'il a librement choisi de rejoindre le Corps des *Marines*. Enfin, il se dit lui-même convaincu que la guerre à laquelle il participe est une « bonne guerre⁴⁹ ». En d'autres termes, la controverse des *War Powers* n'est pour lui qu'une question symbolique, psychologique – un fondement que la Cour Suprême n'a jamais reconnu comme suffisant pour conférer un intérêt à agir devant la justice fédérale.

Une distinction opérée à cet égard par la *District Court* est cependant intéressante pour ce qu'elle révèle en creux. L'officier développait dans ses conclusions un parallèle avec des précédents de l'époque de la guerre du Viêt Nam, où plusieurs cours d'appel fédérales avaient retenu l'intérêt à agir de militaires contestant la légalité de leur déploiement⁵⁰. Cependant, le parallèle n'est pas convainquant, et le raisonnement de la Cour dans l'affaire Smith emporte tout à fait l'adhésion. Dans les précédents cités, les militaires pouvaient arguer d'une atteinte à leur liberté tant physique que de conscience. Obligation leur était en effet faite de risquer la mort pour une opération contre laquelle ils protestaient avec vigueur. En d'autres termes, pour reprendre les critères systématisés plus tard dans *Lujan* : le comportement de l'administration présidentielle entraînait sans aucun doute une atteinte concrète et actuelle à leurs intérêts⁵¹.

Une solution émerge donc, à condition de prendre de la hauteur par rapport à l'espèce spécifique du capitaine Smith. En définitive, ce n'était pas l'intérêt à agir de l'officier de manière générale qui était contesté, mais plutôt les choix du demandeur concernant les fondements de l'intérêt à agir. Pour remplir le standard imposé par la jurisprudence *Lujan*, il suffit d'identifier une atteinte actuelle, concrète et personnelle à un intérêt légalement protégé. Cela est tout à fait possible. La *District Court* le relevait elle-même dans l'affaire Smith, sous la forme d'une sorte de re-

⁴⁷ V. *supra* la décision *United States ex rel. New v. Rumsfeld*, 350 F.Sup.2d 80 (D.D.C. 2004).

⁴⁸ *Michael Smith v. Obama*, p. 290-291.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 285.

⁵⁰ *Berk v. Laird*, 429 F.2d 30 (2d Cir. 1970) et *Massachusetts v. Laird*, 451 F.2d 26 (1st Cir. 1971).

⁵¹ *Michael Smith v. Obama*, p. 296-297.

proche caché au demandeur : celui-ci, en effet, n'invoquait pas l'atteinte à son intégrité physique, le risque de mort ou de blessure⁵². Il est tout à fait envisageable qu'un tel fondement soit soulevé dans une autre affaire.

En d'autres termes, le test de l'intérêt à agir n'est pas insurmontable pour un militaire d'active. Il lui suffit de choisir le bon support. Un militaire activement déployé dans une zone de combat remplirait facilement le standard *Lujan*, et pourrait en conséquence satisfaire à l'intérêt nécessaire pour agir en jugement déclaratoire. Il lui suffirait de soulever que le comportement de l'administration présidentielle, en lui ordonnant de participer à l'opération contestée, le met dans une situation de danger actuel et concret, en ce que ce militaire risque très concrètement la mort et les blessures. Cette atteinte est en outre suffisamment personnelle, en ce qu'elle concerne une catégorie strictement identifiée de justiciables, à savoir les membres des forces armées déployés en opération. Enfin, il ne fait aucun doute que l'instance permet de faire cesser l'atteinte alléguée : si la cour déclare l'opération illégale et enjoint au président d'y mettre un terme, les militaires ne seront plus exposés à ses dangers⁵³.

Il ressort de toutes ces considérations que si la voie contentieuse est étroite pour les militaires d'active, elle existe cependant bel et bien. Là est sans doute l'apport principal de l'affaire *Smith*. Au-delà du sort personnel du capitaine *Smith*, son recours aura forcé la juridiction fédérale à se poser la question du *standing* des militaires d'active, avec pour conséquence qu'une porte d'entrée du juge dans le contentieux des *War Powers* a été entre-ouverte. Pour autant, l'intérêt à agir n'était que la première étape à franchir. Si le militaire d'active ressort de cette étude mieux armé en apparence que d'autres acteurs pour entraîner le juge dans la querelle des *War Powers*, il reste encore une barrière à franchir. Évoquée dans l'affaire *Smith* tout comme dans les recours intentés par les parlementaires sous forme d'argument surabondant, la célèbre doctrine de la *Political Question* mérite elle aussi d'être examinée de plus près.

B. L'utilisation contestable de la *Political Question* Doctrine comme barrière à l'arbitrage judiciaire

La doctrine de la *Political Question* est riche d'une longue et très complexe histoire en droit américain. Si l'objet de cette étude n'est pas d'en faire une analyse approfondie⁵⁴, un bref aperçu de sa logique est nécessaire pour en comprendre les enjeux quant au contentieux des *War Powers*. Présente en filigrane dans la jurisprudence de la Cour Suprême depuis ses premiers grands arrêts, la *Political Ques-*

⁵² *Ibid.*, p. 297. La Cour relève que le demandeur ne cherche pas à faire cesser son exposition au danger... mais à faire cesser l'inconfort psychologique. La cessation de cet inconfort lui permettrait alors de mieux se battre pour son pays.

⁵³ Nous suivons sur ce point l'argumentaire détaillé paru dans une Note de la *Harvard Law Review*. V. « The Justiciability of Servicemember suits », *Harvard Law Review* (note de la revue), 130, 2017, p. 2189-2190.

⁵⁴ Pour une présentation de la théorie et de son histoire, on lira, entre autres : J.P. COLE, « The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers », *Congressional Research Service*, décembre 2014 ; N. MOURTADA-SABBAH et B.E. CAIN (dir.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lanham, Lexington Books, 2007.

tion telle qu'elle existe aujourd'hui est majoritairement le produit d'une construction doctrinale, qui s'est en particulier formée au début du XX^e siècle⁵⁵. Les auteurs de cette époque ont en effet cherché à systématiser la jurisprudence traditionnelle de la Cour, pour faire de la *Political Question* un élément de l'équilibre des pouvoirs. La doctrine est alors présentée comme la « soupape de sécurité » de la suprématie judiciaire en matière constitutionnelle, un outil du célèbre *judicial restraint* qui serait nécessaire au fonctionnement régulier des pouvoirs constitutionnels des États-Unis⁵⁶.

La Cour Suprême fut elle-même sensible à cette présentation, et la fit sienne dans sa jurisprudence *Baker v. Carr* du 26 mars 1962⁵⁷. La Haute Juridiction y déclara ainsi que la *Political Question* est « avant tout une résultante de la séparation des pouvoirs⁵⁸ ». La Cour admet en conséquence que certains domaines sont « confiés » par la Constitution aux branches politiques du Gouvernement, et que le juge ne peut y intervenir qu'avec prudence, en gardant à l'esprit qu'il n'a pas la légitimité d'y jouer le premier rôle⁵⁹. Sous la plume du *Justice* Brennan, la Cour Suprême fixa également dans ce même arrêt les critères permettant de délimiter le périmètre de la *Political Question*. Ces « facteurs de *Baker* » sont au nombre de six, et ce n'est qu'à la condition que l'un d'eux soit « inextricablement mêlé au cas d'espèce » que le juge doit « déclarer une requête irrecevable pour non-justiciabilité tirée de la présence d'une question politique⁶⁰ ». Ainsi, selon la Cour, dans cet arrêt,

à la surface de chaque affaire jugée comme soulevant une question politique, perce ou une attribution constitutionnelle de compétence expresse et sans équivoque à un département politique du gouvernement fédéral, ou une absence de standards judiciairement identifiables et opérationnels pour résoudre le différend, ou l'impossibilité de résoudre le différend sans une décision de pure opportunité politique qui ne relève manifestement pas du pouvoir judiciaire, ou l'impossibilité pour le juge de se prononcer sans méconnaître la distribution des compétences entre les différentes branches du gouvernement fédéral, ou l'impérieuse nécessité de ne pas remettre en cause une décision politique déjà prise, ou enfin le devoir d'éviter la confusion politique qui résulterait de prononcés contradictoires sur une même question par divers départements⁶¹.

⁵⁵ Pour une analyse en détail de cette construction doctrinale, à partir des premiers arrêts de la Cour Suprême, on lira : T.L. GROVE, « The Lost History of the Political Question Doctrine », *New York University Law Review*, 90, 2015, p. 67.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 38 sqq.

⁵⁷ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

⁵⁸ La traduction française des termes de l'arrêt est reprise de l'ouvrage d'Élisabeth Zoller. V. É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 326.

⁵⁹ T.L. GROVE, « The Lost History of the Political Question Doctrine », *op. cit.*, p. 50 sqq. ; v. aussi G. SKINNER, « Misunderstood, Misconstrued and Now Clearly Dead: The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine », *Journal of Law and Politics*, 29, 2014, p. 427 sqq.

⁶⁰ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962).

⁶¹ É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 329. En version originale : « Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political

Le langage employé dans l'arrêt *Baker* sous-entend clairement le caractère exceptionnel que doit conserver l'irrecevabilité pour non-justiciabilité au nom de la *Political Question*⁶². Cependant, la formulation des critères laisse apparaître une grande marge d'appréciation pour le juge, surtout compte tenu de la méthode donnée par l'arrêt lui-même. Selon la Cour dans *Baker*, pour déterminer s'il est en présence d'une *Political Question*, le juge doit en effet s'en tenir à une approche « au cas par cas », et prendre en compte les « conséquences possibles d'une intervention judiciaire⁶³ ».

Le domaine des affaires étrangères, et celui des affaires militaires en particulier, est un terrain d'élection naturel pour la *Political Question Doctrine*. Les juridictions inférieures se saisissent régulièrement des critères *Baker*, surtout ceux qui font la part belle à la « prudence » judiciaire, pour appuyer leur argumentation de rejet dans ces domaines hautement sensibles⁶⁴. La jurisprudence de la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* en offre des illustrations éclairantes. Ainsi, pour s'en tenir à un exemple, dans un arrêt *Bancoult v. McNamara* du 21 avril 2006, la Cour relevait que les controverses en matière d'affaires étrangères sont des « sources typiques de questions politiques⁶⁵ ». Plus spécifiquement en ce qui concerne les querelles autour des *War Powers*, il doit être noté que la *Political Question* est systématiquement relevée dans des termes très similaires, et que l'argumentaire des juridictions est souvent d'une remarquable légèreté⁶⁶.

L'application de la *Political Question Doctrine* dans le contentieux initié par le capitaine Nathan Smith en 2016 s'inscrit donc dans une ligne constante. Un effort supplémentaire d'argumentation est cependant à relever. Les contours de la doctrine ont en effet été réévalués par la Cour Suprême, à l'occasion d'un arrêt *Zivotofsky v. Clinton* rendu le 26 mars 2012⁶⁷, ce qui obligeait la *District Court* à se positionner par rapport au nouvel état de la jurisprudence fédérale.

À cet égard, dans l'affaire Smith, la Cour rappelle les critères issus de l'arrêt *Baker* et s'inscrit dans la continuité de sa *Court of Appeals* en affirmant que le domaine des affaires militaires est très clairement confié par le texte de la Constitution aux branches politiques du Gouvernement⁶⁸. Cette première étape du raisonnement est convaincante, et peut se réclamer d'une jurisprudence explicite de la

decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question » (*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962)).

⁶² G. SKINNER, « Misunderstood, Misconstrued and Now Clearly Dead : The “Political Question Doctrine” as a Justiciability Doctrine », *op. cit.*, p. 451.

⁶³ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962).

⁶⁴ Pour une présentation de ce champ contentieux particulier vis à vis de la *Political Question Doctrine*, v. G. SITARAMAN et I. WUERH, « The Normalization of Foreign Relations Law », *Harvard Law Review*, 128, 2015, p. 1887-1979.

⁶⁵ *Bancoult v. McNamara*, 445 F.3d 427, 433 (D.C. Cir. 2006).

⁶⁶ V. les exemples donnés dans M.J. GARCIA, *War Powers Litigation Initiated by Members of Congress Since the Enactment of the War Powers Resolution*, *op. cit.* ; Pour une critique sévère de l'argumentation des juridictions inférieures par rapport aux standards de la Cour Suprême : G. SKINNER, « Misunderstood, Misconstrued and Now Clearly Dead: The “Political Question Doctrine” as a Justiciability Doctrine », *op. cit.*

⁶⁷ *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. 189 (2012).

⁶⁸ *Michael Smith v. Obama*, at 298, citant le précédent *Schneider v. Kissinger* de la *Court of Appeals* (412 F.3d 190 (D.C. Cir. 2005)).

Cour Suprême elle-même. Dans *Gilligan v. Morgan* rendu le 21 juin 1973, la Haute Juridiction admettait « qu'il serait difficile de penser à un exemple plus clair » de domaine confié par la Constitution aux branches politiques du Gouvernement⁶⁹.

Pour autant, une seconde étape est rendue nécessaire par la nouvelle jurisprudence *Zivotofsky v. Clinton*, et c'est alors que l'argumentation de la *District Court* dans l'affaire du capitaine Smith laisse apparaître des failles. Le contentieux devant les juges connaît en effet une spécificité : le requérant ne se contente pas d'entrer dans une querelle constitutionnelle de répartition des compétences, il s'appuie également sur un *texte de valeur législative*. Il s'agit ici de ne pas oublier l'argumentaire du capitaine des *Marines*. Celui-ci prenait appui sur les AUMF de 2001 et de 2002, elles-mêmes fondées sur les dispositions codifiées de la *War Power Resolution*. Nathan Smith entendait montrer la méconnaissance de ces textes par l'administration présidentielle. En d'autres termes, le moyen de droit soutenu dans le recours n'était autre qu'une *violation par l'Exécutif d'un texte à valeur législative*. Trancher cette question suppose donc d'interpréter le texte afin d'apprécier la validité de la conduite présidentielle à son égard, et cela constitue une mission éminemment judiciaire. La jurisprudence de la Cour Suprême a en effet toujours affirmé que l'interprétation des textes est spécifiquement confiée à l'institution judiciaire, à laquelle il revient de « dire ce qu'est le droit⁷⁰ ».

La jurisprudence *Zivotofsky* s'inscrit dans cette tradition. Dans cet arrêt, la Cour Suprême en explicite les conséquences relativement aux critères classiques de la *Political Question* lorsqu'est invoquée une question d'interprétation législative. L'espèce est particulièrement éclairante, en ce qu'elle a conduit la Haute Juridiction à invalider le raisonnement des cours inférieures qui avaient retenu l'application de la *Political Question*.

L'enjeu dans cette affaire pouvait difficilement être plus sensible, puisqu'il s'agissait du statut de la ville de Jérusalem. Né dans la ville sainte, le plaideur demandait que l'État d'Israël soit mentionné sur son passeport comme pays de naissance, et se fondait pour cela sur le *Foreign Relations Authorization Act for 2003*. Ce texte de loi, voté par le Congrès en 2002, prévoyait le droit pour tout citoyen américain né à Jérusalem de demander à l'administration d'inscrire Israël comme son pays de naissance. Cependant, l'administration présidentielle tient officiellement ce texte comme contraire à la Constitution pour méconnaissance des compétences du président en matière de relations internationales. Sur ce fondement, le Département d'État refusa donc à M. Zivotofsky l'inscription « Israël » sur son passeport. L'intéressé saisit la justice fédérale en *declaratory judgment* pour faire juger la décision de l'administration illégale et obtenir une injonction. La *District Court* en 2007 puis la *Court of Appeals* en 2009 rejetèrent le recours au motif qu'il présentait les caractéristiques d'une *Political Question*⁷¹. Saisie en dernier ressort, la Cour Suprême prend cependant le contre-pied, et rappelle les juges inférieurs à leur

⁶⁹ *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 10 (1973).

⁷⁰ G. SKINNER, « Misunderstood, Misconstrued and Now Clearly Dead : The "Political Question Doctrine" as a Justiciability Doctrine », *op. cit.* ; T.L. GROVE, « The Lost History of the Political Question Doctrine », *op. cit.*

⁷¹ *Zivotofsky v. Secretary of State*, 511 F. Sup. 2d 97, 103 (D.D.C. 2007) ; 571 F.3d 1227 (D.C. Cir. 2009).

rôle constitutionnel. Le plaideur, en effet, invoque un texte législatif, dont il n'appartient qu'au pouvoir judiciaire de donner l'interprétation finale⁷². La question posée au juge est donc bien une question judiciaire : il s'agit de déterminer si la décision du Département d'État de refuser l'inscription sur le passeport est légale, ce qui implique d'interpréter la Constitution afin de déterminer si le *Foreign Relations Authorization Act for 2003* méconnaît ou non les compétences du président. Pour la Cour Suprême, il s'agit d'un « exercice judiciaire ordinaire » (« *a familiar judicial exercise* »), simple expression du devoir des juridictions de dire le droit⁷³. L'invocation solennelle de *Marbury v. Madison*, de même que la majorité acquise pour l'opinion (huit contre un), illustrent l'importance attachée à cet arrêt. Il est permis d'en conclure une sensible réduction du périmètre de la *Political Question* dès lors qu'est invoquée la méconnaissance par l'Exécutif d'un texte de valeur législative⁷⁴.

Le parallèle avec l'affaire du capitaine Smith concernant les *War Powers* ne peut être ignoré. La *District Court* de Columbia, explicitement invitée par le requérant à suivre le raisonnement de la Cour Suprême dans *Zivotofsky*, n'a cependant pas été convaincue, et considère dans son arrêt de 2016 que la doctrine de la *Political Question* trouve toujours à s'appliquer. Pour écarter le précédent, la cour relève qu'il ne s'agit pas pour elle, en l'espèce, de se contenter d'interpréter la *War Powers Resolution* et les AUMF. Apprécier la légalité de l'opération *Inherent Resolve* en Syrie supposerait au contraire une analyse détaillée de l'exécution opérationnelle de ces textes par l'Exécutif. Une telle entreprise exigerait du juge qu'il contrôle, au cas par cas, toutes les qualifications opérées par les autorités militaires sur le terrain, pour déterminer *a posteriori* si les cibles choisies ou les opérations menées sont susceptibles ou non d'entrer dans le champ d'application des AUMF⁷⁵. En d'autres termes, l'ambiguïté des textes ainsi que du comportement présidentiel par rapport à ces textes rendrait l'examen judiciaire impossible.

Cette position, cependant, échoue à emporter la conviction. Elle revient en effet à expliquer que la solution *Zivotofsky* serait trop compliquée à mettre en œuvre dans l'espèce des *War Powers*, ce qui justifierait d'en revenir aux critères *Baker*. Or, dans *Zivotofsky*, la Cour Suprême refusait justement d'entrer dans une telle logique. Le rejet de la *Political Question* y était affirmé comme ressortant d'une position de principe : quand se pose une question de droit, le juge doit y répondre. Son devoir est de trancher les controverses judiciaires. À cet égard, la constitutionnalité ou non d'une loi est une controverse judiciaire. Dès lors, quand est invoqué devant lui un texte de valeur législative pour contester une action exécutive, le juge doit

⁷² Dans l'arrêt commenté, la Cour rappelle expressément que l'interprétation des textes législatifs fédéraux est une compétence judiciaire affirmée depuis *Marbury v. Madison*. Elle s'appuie également sur le précédent *INS v. Shada* pour rappeler que les enjeux politiques ne doivent pas empêcher le juge de se livrer à l'interprétation d'un texte législatif. *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. 189, 196 (2012).

⁷³ *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. 189, 196 (2012).

⁷⁴ V. sur ce point C. MICHEL, « There's No Such Thing as a Political Question of Statutory Interpretation: The Implications of *Zivotofsky v. Clinton* », *The Yale Law Journal*, 123, 2013, p. 253-265.

⁷⁵ *Michael Smith v. Obama*, p. 301-303.

trancher. Et dans l'exercice de cet office, il ne peut reculer sous prétexte que sa décision aurait des conséquences politiques⁷⁶.

L'argument de la complexité apparaît donc inopérant, et cela écarte la dernière défense d'irrecevabilité dans le contentieux des *War Powers*. C'est d'ailleurs ainsi que la jurisprudence *Zivotofsky* a été reçue par la majorité de la doctrine américaine, comme ouvrant la voie à une « normalisation » des contentieux sensibles desquels les juges inférieurs préféraient jusque-là se tenir à l'écart⁷⁷.

L'argumentation de la *District Court* dans l'affaire *Smith* convainc d'autant moins à la lumière d'un autre précédent, antérieur au rendu de *Zivotofsky* par la Cour Suprême, mais qui puise aux mêmes sources. Dans un arrêt *El-Shifa Pharmaceutical Industries Co. v. United States* rendu le 8 juin 2010, la *Court of Appeals* du District de Columbia rejetait le recours déposé par les propriétaires d'une pharmacie détruite dans des bombardements américains. Au centre du contentieux se posait la question des rôles respectifs des trois branches du Gouvernement relativement à la conduite des opérations militaires, c'est-à-dire, plus concrètement, de l'exercice du commandement des moyens déployés sur le terrain. Dans les termes de l'arrêt *Baker*, il s'agissait pour la Cour de déterminer si l'exercice de ce commandement militaire est « textuellement réservé » à l'Exécutif, avec pour conséquence que le pouvoir judiciaire et le Congrès ne peuvent s'y immiscer. L'enjeu était sensible, mais cela n'eut aucune conséquence sur la rigueur judiciaire. La question de droit n'est pas esquivée sous prétexte de complexité, elle est au contraire abordée frontalement. À cet égard, la Cour tranche que l'exercice du commandement militaire en opération entre bien dans le premier critère *Baker*, il s'agit d'une compétence « textuellement réservée » au président par l'Article 2 de la Constitution. Or, la décision de procéder au bombardement de la pharmacie des plaignants ressort de la conduite des opérations, elle n'est pas détachable de l'exercice du commandement militaire. En conséquence, l'espèce présente une question politique, qui justifie son irrecevabilité pour non-justiciabilité⁷⁸. En d'autres termes, la *Political Question* ne sert pas d'excuse judiciaire pour refuser de trancher un conflit politique entre le Congrès et le président. Elle est au contraire le moyen judiciaire de protéger l'exercice d'une compétence identifiée comme réservée à une branche politique du Gouvernement, en l'occurrence l'Exécutif⁷⁹.

Dans son opinion concordante sous *El-Shifa*, le juge Kavanaugh résume la situation dans laquelle se trouve le juge quand est contestée devant lui une action présidentielle au nom de son inconstitutionnalité⁸⁰. À partir du moment, affirme-t-il, où le Congrès a édicté un texte pour encadrer l'action de l'Exécutif, le juge ne

⁷⁶ *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. 189, 196 (2012).

⁷⁷ G. SITARAMAN et I. WUERTH, « The Normalization of Foreign Relations Law », *op. cit.* ; G. SKINNER, « Misunderstood, Misconstrued and Now Clearly Dead: The “Political Question Doctrine” as a Justiciability Doctrine », *op. cit.* ; C. MICHEL, « There's No Such Thing as a Political Question of Statutory Interpretation: The Implications of *Zivotofsky v. Clinton* », *op. cit.* ; M.D. RAMSEY, « War Powers Litigation After *Zivotofsky v. Clinton* », *Chapman Law Review*, 177, 2018, p. 177-204.

⁷⁸ *El-Shifa Pharmaceutical Industries Co. v. United States*, 607 F.3d 836, 842-843 (D.C. Cir. 2010).

⁷⁹ Dans le même sens, v. G. SKINNER, « Misunderstood, Misconstrued and Now Clearly Dead: The “Political Question Doctrine” as a Justiciability Doctrine », *op. cit.*, p. 17 ; « The Justiciability of Servicemember Suits », *op. cit.*, p. 2194.

⁸⁰ *El-Shifa Pharmaceutical Industries Co. v. United States*, 607 F.3d 836, 852-859 (D.C. Cir. 2010) (Kavanaugh, concurring).

peut pas échapper à l'interprétation de ce texte. Exciper de la *Political Question* pour ne pas trancher revient *ipso facto* à trancher en faveur de l'Exécutif, car cela revient à ne pas sanctionner une conduite dont il est argué qu'elle serait contraire à la loi⁸¹. Pour reprendre le débat en termes de répartition des compétences, la *Political Question* reviendrait de toute manière à reconnaître en pratique la compétence présidentielle, et donc à invalider la thèse du Congrès.

Pour ces raisons, la position de la *District Court* dans l'affaire Smith ne convainc pas. La Cour Suprême a réaffirmé avec *Zivotofsky* qu'interpréter les textes est un devoir judiciaire, et que les juges n'ont pas à faiblir devant les potentielles conséquences politiques. En outre, l'espèce *El-Shifa* a montré qu'en cas d'opposition entre les deux branches politiques quant à la répartition des compétences constitutionnelles, la *Political Question* revient en réalité à trancher implicitement mais nécessairement en faveur d'une thèse ou de l'autre. Partant, la conclusion de la *District Court* refusant de s'inscrire dans la jurisprudence *Zivotofsky* doit être critiquée. L'utilisation par elle de la question politique n'est pas cohérente avec l'évolution de la doctrine. Il apparaît au contraire que cette doctrine ne permet plus aux juges d'esquiver la question de la répartition des *War Powers*.

En conclusion, il ressort de tous ces éléments que rien ne s'oppose par principe à l'intervention du juge dans la querelle des *War Powers*. Les deux barrières mises à son action sont levées. Tout d'abord, un contentieux, déclenché par un militaire d'active justifiant d'un intérêt à agir, est possible. Ensuite, dans ce contentieux, la *Political Question Doctrine* ne pourra plus être opposée pour éviter de trancher au fond. Dès lors, il importe de s'interroger sur l'impact que le juge est susceptible d'avoir sur la redéfinition du cadre actuel de la guerre contre le terrorisme international.

II. LA REDÉFINITION DU CADRE CONSTITUTIONNEL DES *WAR POWERS* DANS LA GUERRE CONTRE LE TERRORISME INTERNATIONAL

La possibilité d'une entrée du juge sur le terrain des *War Powers* invite à un exercice de prospective. Tout d'abord, pour intervenir utilement sur le fond de la controverse, le juge a besoin d'outils. Il ne lui sera pas demandé de trancher la distribution des compétences constitutionnelles dans l'abstrait, mais dans le cadre concret de l'opération militaire ayant fait naître le litige dont il est saisi. Il doit dès lors trouver un canevas qui lui permette d'opérer une classification des différents types d'opérations militaires, suivant leur nature et suivant la question de savoir si le Congrès est ou non intervenu pour autoriser le président (A). Ensuite, ce canevas devra être confronté à l'enjeu principal qui occupe les armées américaines depuis le début du siècle, à savoir la guerre contre le terrorisme international. À cet égard, le rôle du juge s'annonce complexe, et le besoin d'une actualisation du cadre législatif est criant (B).

A. À la recherche d'un canevas judiciaire pour l'encadrement des *War Powers*

Avant de s'interroger sur les outils que pourrait mobiliser le juge pour appréhender la querelle des *War Powers*, il importe de revenir sur les contours de cette dernière afin d'en saisir les points de crispation. L'opposition historique entre la

⁸¹ *Ibid.* (cité par G. SKINNER, « The Justiciability of Servicemember Suits », *op. cit.*, p. 2194-2195).

présidence et le Congrès n'est en effet pas aussi frontale qu'il pourrait paraître. Il ne s'agit pas pour l'un ou l'autre de prétendre à une exclusivité dans le domaine. L'enjeu se situe davantage au niveau des limites des compétences de chacun, avec la conscience de part et d'autre que les sphères se croisent nécessairement. Le vocabulaire employé par les AUMF de 2001 et 2002 le montre : le Congrès et le président s'accordent en définitive pour considérer que le domaine des « affaires militaires » est partagé entre eux.

Comme cela a déjà été souligné dans l'introduction de cette étude, le partage des tâches en matière militaire est une conséquence directe du texte de la Constitution lui-même. Un bref retour à la période de la Fondation s'impose donc comme point de départ. Il en ressort alors que le critère déterminant dans la répartition des compétences militaires se situe dans la *décision d'emploi de la force armée*. Les Pères Fondateurs des États-Unis étaient en effet habités par une profonde méfiance envers le pouvoir exécutif, et voyaient dans la force armée le principal instrument dont celui-ci pourrait user pour renverser la République⁸². Quand le choix est fait de confier au Congrès le pouvoir de « déclarer la guerre », c'est ainsi une conception *matérielle* et non purement *formelle* qui est adoptée : il s'agit de retenir la décision d'emploi entre les mains du Congrès et d'en exclure le président⁸³. Le rôle de ce dernier est cantonné à l'exécution, ce que la connotation volontairement militaire de son Titre de « commandant en chef » souligne parfaitement. Selon la formule bien connue de Hamilton dans le *Fédéraliste* n° 69, l'autorité du président « ne s'élèvera à rien de plus qu'au commandement suprême et à la direction des forces navales et terrestres, comme premier général et amiral de la Confédération⁸⁴ ». En d'autres termes, le président-général en chef ne décide pas de la guerre, il se contente de la conduire.

C'est pourtant sur les contours des pouvoirs conférés par ce Titre de « commandant en chef » que la controverse se cristallisa au fil de l'histoire américaine. Dès l'origine, il était acquis que le président tirait de l'Article 2 la compétence d'assurer la défense des États-Unis en cas d'attaque armée soudaine⁸⁵. Cependant, les administrations présidentielles s'appuyèrent sur ce point non contesté pour développer des prétentions de plus en plus étendues en matière militaire. Combinant habilement *Fleming v. Page*, qui garantissait au président la plénitude du commandement militaire, avec *In Re Neagle*, qui reconnaissait l'existence des pouvoirs inhérents,

⁸² Parmi une littérature abondante sur le sujet, v. A.M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, *op. cit.*, p. 1 *sqq.* ; J.C. YOO, « The Continuation of Politics by Other Means », *op. cit.* ; R. KENNEDY, *The Road to War*, *op. cit.* ; L.J. SMITH, *American Democracy and Military Power: A Study of Civil Control of the Military Power in the United States*, Chicago, University of Chicago Press, 1951, p. 152 *sqq.*

⁸³ A.M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, *op. cit.*, p. 1 *sqq.*

⁸⁴ A. HAMILTON, J. JAY, et J. MADISON, *Le fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957, p. 513.

⁸⁵ Ce point ne fait pas débat dans la littérature américaine. V. A.M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, *op. cit.*, p. 3-5 ; J.C. YOO, « The Continuation of Politics by Other Means », *op. cit.* ; G.M. STERN, M.H. HALPERIN (dir.), *The U.S. Constitution and the Power to Go to War: Historical and Current Perspectives*, Westport, Greenwood Press, 1994 ; R.C. STUART, « War Powers of the Constitution in Historical Perspective », *Parameters*, 1980, p. 65-71.

les présidents s'imposèrent progressivement comme les garants de la sécurité nationale des États-Unis⁸⁶. En d'autres termes, un bon *commander in chief* ne doit plus se contenter d'attendre une autorisation du Congrès pour agir contre l'ennemi. Il doit au contraire agir de lui-même en prenant les mesures militaires nécessaires pour se *prévenir* de l'action de l'ennemi. Dès lors, la signification originelle de l'Article 2 connaît une mutation subtile. Le commandant en chef devient celui qui, au nom de la sécurité nationale, déploie les forces armées dans le monde pour protéger les intérêts des États-Unis⁸⁷.

L'enjeu précis autour des *War Powers* se situe donc dans ce rôle « préventif » du président en matière militaire. Il en ressort que les prétentions du Congrès et du président ne portent en définitive pas sur le même objet. Dans la théorie, l'Exécutif ne prétend pas à une *initiative originelle* en matière d'emploi de la force. Au contraire, l'attitude du commandant en chef prend toujours un accent *réactif* : c'est en réaction à une menace que le commandant en chef déploie les armes américaines. Formulé autrement, le président ne prétend pas *décider une guerre en désignant un ennemi*. Il prétend que l'ennemi s'est révélé de lui-même en attaquant les États-Unis ou en menaçant gravement ses intérêts, raison pour laquelle le président considère de son devoir de prendre les armes.

Il ne s'agit évidemment pas ici de faire preuve de naïveté. Par sa maîtrise hiérarchique de tous les services de l'Exécutif – renseignements, ambassades, commandements militaires régionaux –, le président détient dans les faits un pouvoir immense de qualification. Il lui revient à lui, et à lui seul, de décider à quelles menaces répondre, avec quels moyens et selon quelle intensité. De même, le simple positionnement ou déplacement de forces permet de créer ou de faire disparaître une menace. Pour ne donner qu'un seul exemple, la littérature stratégiste connaît depuis longtemps l'importance des bâtiments de guerre dans la « diplomatie navale » : l'envoi ou le retrait de tel ou tel bateau à tel ou tel endroit de la planète permet au président d'être en contrôle d'une escalade de tension pouvant aller jusqu'à l'échange de tirs⁸⁸.

Pour autant, la différence entre les *War Powers* du président et ceux du Congrès demeure. La compétence de principe appartient au Congrès, c'est à lui que revient la *décision originelle*. Le président ne détient qu'une compétence d'exception. Il lui revient donc à chaque fois de se *justifier*, au nom de la sécurité nationale, ce qu'il fait à la fois vis-à-vis du Congrès et vis-à-vis de l'opinion publique. Chaque opération militaire donne en effet lieu à des déclarations officielles de la Maison Blanche, prenant souvent la forme d'un *memorandum* émanant de l'*Office of Legal Counsel*

⁸⁶ Cette prétention présidentielle doit beaucoup au contexte géopolitique, en particulier la période postérieure à la Seconde Guerre mondiale. Pour une présentation détaillée, on lira : R. KENNEDY, *The Road to War*, *op. cit.*, p. 72 *sqq.* L'épisode de la guerre de Corée fut particulièrement déterminant. C'est à cette occasion que la présidence prit pour la première fois des mesures militaires préventives sans autorisation du Congrès, au nom de la défense des États-Unis contre la menace communiste. Pour une présentation détaillée, on lira A.M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, *op. cit.*, p. 127 *sqq.*

⁸⁷ G.M. STERN., M.H. HALPERIN (dir.), *The U.S. Constitution and the Power to Go to War*, *op. cit.* ; R.C. STUART, « War Powers of the Constitution in Historical Perspective », *op. cit.* ; M.D. RAMSEY, « Constitutional War Initiation and the Obama Presidency », *American Journal of International Law*, vol. 110, n° 04, 2016, p. 701-717.

⁸⁸ V. sur ce point : H. COUTAU-BÉGARIE, *Le meilleur des ambassadeurs. Théorie et pratique de la diplomatie navale*, Paris, Economica, 2010 ; A.L. FRIEDBERG, *Beyond Air-Sea Battle: The Debate Over US Military Strategy in Asia*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2014.

et présentant de manière détaillée les justifications, en fait et en droit, de la décision présidentielle⁸⁹. Que ces justifications soient quelque fois légères ou contestables⁹⁰ ne changent pas leur nature : elles existent parce que le président doit montrer que son action était nécessaire à la sécurité nationale des États-Unis.

En définitive, il serait possible de différencier les situations d'emploi de la force suivant l'origine de la *décision hostile*. Quand l'intention hostile est attribuable à un ennemi qui s'identifie clairement par ses actions et contre lequel il est alors impératif de se défendre immédiatement par les armes, le président serait légitime à agir. En revanche, quand la décision d'emploi de la force suppose une *prise de position volontaire et réfléchie* face à une situation géopolitique complexe, il appartiendrait au Congrès de reprendre la main.

En d'autres termes, selon cette vision, les *War Powers* du Congrès et du président ne portent pas sur le même type d'opérations. Au président les opérations « ponctuelles », de représailles ou de défense préemptive contre un ennemi identifié qui s'apprête à attaquer les intérêts américains ; au Congrès les opérations « de longue haleine » contre les ennemis politiques qualifiés comme tels. Les objectifs de ces deux types d'opérations sont également fondamentalement différents : l'opération présidentielle vise à parer un risque immédiat et épuise sa légitimité dans la réalisation de ce but ; tandis que l'opération du Congrès s'inscrit dans une stratégie politique qu'il lui appartient de définir.

Il reste cependant à trouver un moyen de formaliser cette différence dans des termes qui soient maniables par un juge. La tâche est délicate, mais pas insurmontable. L'encadrement des pouvoirs de l'Exécutif face aux compétences du Congrès n'est pas un enjeu nouveau pour la Cour Suprême. À cet égard, la jurisprudence classique offre une classification parfaitement transposable au domaine des *War Powers*. Il est en effet possible d'en appeler au célèbre arrêt *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* rendu le 2 juin 1952⁹¹, et en particulier l'opinion concordante du Justice Jackson, dans laquelle il identifie trois catégories différentes d'actions exécutives⁹².

La première catégorie est celle qui pose le moins de difficulté : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le président appuie son action sur une autorisation explicite ou implicite du Congrès. Son autorité est alors maximale, et ne s'arrête qu'aux frontières du droit fédéral lui-même. En d'autres termes, le président peut prendre toutes les mesures que le Gouvernement des États-Unis est autorisé par la Constitution à prendre. La seconde catégorie est celle où le président agit en-dehors du Congrès, qui n'a ni autorisé ni interdit son action. L'autorité du président est alors réduite au périmètre constitutionnel de l'Exécutif, il ne peut agir qu'en se fondant

⁸⁹ Un exemple récent est fourni par le mémorandum déjà cité de l'*Office of Legal Counsel* à propos de l'opération décidée par le Président Trump contre la Syrie en avril 2018 (v. note 18). Pour un autre exemple d'une opération décidée par l'administration présidentielle, on lira le mémorandum de l'*Office of Legal Counsel* du 19 décembre 2000 à propos du Kosovo, téléchargeable sur le site du *Département of Justice* [<https://www.justice.gov/file/19306>].

⁹⁰ Pour ne donner qu'un exemple : en mars 1986, le président ordonne la destruction de navires libyens qui avaient ouvert le feu contre des unités de l'*US Navy*. Les tirs libyens étaient cependant une réaction contre des exercices très agressifs menés par l'*US Navy* au large des côtes. Sur cet épisode et d'autres similaires, nous renvoyons à notre thèse : L. KLEIN, *Le contrôle civil de la force armée en démocratie*, op. cit., p. 498.

⁹¹ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

⁹² *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634 (1952) (Jackson, concurring).

sur une compétence précise octroyée par la Constitution. La troisième catégorie, enfin, considère l'hypothèse d'une opposition frontale entre les deux branches : l'action du président est ici contraire à la volonté exprimée du Congrès. Dans cette hypothèse, l'autorité de l'Exécutif est à son point le plus faible. Il encourra la censure à moins de s'appuyer sur le « cœur » des compétences données par la Constitution, c'est-à-dire les prérogatives du président défalquées de tout ce qui est partagé avec le Congrès. Il ne suffira plus au président de se fonder sur un Titre de compétence constitutionnel dans le périmètre de l'Exécutif, il lui faudra en outre justifier que cette compétence lui appartient en propre, et que l'intervention du Congrès en la matière était donc contraire à la Constitution⁹³.

L'utilisation des catégories issues de *Youngstown* pour appréhender le domaine des *War Powers* n'est pas inconnue de la littérature américaine⁹⁴. La jurisprudence récente de la Cour Suprême y invite d'ailleurs elle-même, en ce qu'elle a récemment fait application de ces catégories dans un domaine au moins aussi sensible : celui des affaires étrangères. Le parallèle est éclairant, car il s'agissait de la même affaire ayant conduit à la redéfinition des contours de la *Political Question Doctrine*. Après avoir jugé en 2012 dans *Zivotofsky v. Clinton* que la question de la répartition des compétences en matière d'affaires étrangères était bien une question judiciaire⁹⁵, la Cour a été saisie au fond en 2015. Sous la plume du Justice Kennedy, la Cour répond alors que l'espèce appartient à la troisième catégorie *Youngstown*, celle où le Congrès et la présidence sont en opposition frontale. L'autorité du président y est donc à son minimum, mais cela n'empêche pas la Cour de conclure en l'espèce que la compétence de « reconnaître les autres nations » se rattache au cœur des prérogatives exclusives du président, car elle est indissociable du pouvoir confié par l'Article 2 de recevoir les ambassadeurs étrangers⁹⁶.

Il est ainsi possible d'utiliser les critères issus du précédent *Youngstown* pour opérer un classement des opérations militaires. À cet égard, la combinaison de cette jurisprudence avec la distinction entre « opérations de longue haleine » et « opérations ponctuelles » est particulièrement instructive. Elle permet en effet d'esquisser une grille de lecture judiciaire permettant de répondre, pour chaque type d'opération militaire, à la question de l'étendue de l'autorité présidentielle.

L'hypothèse d'une opération militaire de longue haleine menée après autorisation formelle du Congrès, ou ayant reçu *a posteriori* le soutien de ce dernier, constitue l'hypothèse la plus simple. Elle entre dans la première catégorie *Youngstown*, avec pour conséquence que l'autorité présidentielle de mener une telle opération ne rencontrera aucune difficulté devant les cours. L'opération *Iraki Freedom* lancée en 2003 en est l'exemple le plus illustratif. La décision du Président Bush d'envahir l'Irak fut en effet précédée d'une autorisation formelle, adoptée par le Congrès sous la forme de l'AUMF déjà citée de 2002, et définissant les objectifs politiques et militaires assignés à l'opération. À l'inverse, une opération de longue haleine décidée

⁹³ Pour une présentation récente en français de cette jurisprudence, v. S. BENZINA, « Les *Executive Orders* du président des États-Unis comme outil alternatif de législation », *op. cit.*, p. 496-497.

⁹⁴ V. par exemple : J. POWELL, *The President as Commander in Chief: An Essay in Constitutional Vision*, Durham, Carolina Academic Press, 2014, p. 53 *sqq.* ; M.D. RAMSEY, « Constitutional War Initiation and the Obama Presidency », *op. cit.*, p. 713.

⁹⁵ V. *supra*, I.B. de cette étude.

⁹⁶ *Zivotofsky v. Kerry*, 576 U.S. ____ (2015), 13-628.

par le président sans l'accord du Congrès entrerait directement dans la troisième catégorie *Youngstown*. Dès lors que la *War Powers Resolution* a pour objet d'encadrer le pouvoir du président « d'engager les forces armées au combat », il n'est en effet pas de place pour la deuxième catégorie *Youngstown*. En matière d'opérations militaires, depuis le vote de ce texte, il n'existe plus de situation dans laquelle le président agirait en dehors de la volonté exprimée du Congrès. Ce texte exprime de manière générale la volonté du Congrès, le président est soit en accord avec elle, soit en désaccord. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une opposition entre l'action présidentielle et la volonté exprimée du Congrès, ce qui correspond à la troisième catégorie *Youngstown*. Celle-ci implique dès lors une interprétation stricte des compétences du président. Il ne lui suffit plus, pour agir, d'invoquer un Titre constitutionnel, en l'occurrence sa fonction de *commander in chief*. Il lui appartient au contraire de montrer en quoi sa décision appartient au « cœur » de sa fonction de *commander in chief*, c'est-à-dire la partie de ses pouvoirs qui ne fait l'objet d'aucun partage avec le Congrès. Or, le président ne saurait raisonnablement avancer que les *War Powers* lui sont exclusivement confiés. Bien au contraire, l'argumentation présidentielle a toujours porté sur la nécessité de leur partage avec le Congrès. Dès lors, la conclusion s'impose que le président ne dispose pas de la compétence d'engager les États-Unis dans une opération de longue haleine sans l'accord du Congrès. Saisies au contentieux d'une telle hypothèse, les cours ne devraient pas avoir de difficulté à censurer le président.

En revanche, l'autorité présidentielle apparaît solidement établie en ce qui concerne une autre catégorie d'opérations militaires : l'opération « ponctuelle », décidée par le président au nom de la sécurité nationale pour répliquer à une attaque ou prévenir une agression imminente. Tant que l'opération se conclut avant soixante jours, c'est-à-dire conformément aux prescriptions de la *War Powers Resolution*, elle entre sans difficulté dans la première catégorie *Youngstown*. En revanche, si l'opération dure au-delà du délai ou si le Congrès vote une *Joint Resolution* pour ordonner la fin de l'opération, la situation entre à nouveau dans la troisième catégorie *Youngstown*. Les compétences militaires du président sont alors à leur minimum, mais elles ne disparaissent pas pour autant. La jurisprudence a en effet toujours été sensible à la responsabilité défensive incombant à l'Exécutif en matière internationale. Dès 1860, la *Circuit Court* de New-York relevait dans *Durand v. Hollins* la possibilité pour le président d'user de la force armée pour défendre les citoyens américains et les propriétés américaines à l'étranger⁹⁷. Trois ans plus tard, dans les *Prize Cases*, la Cour Suprême elle-même admettait qu'une situation « d'urgence » était susceptible de justifier des mesures militaires unilatérales par le président⁹⁸. De même, il convient de ne pas oublier la portée de la jurisprudence *Curtiss-Wright* de 1936, qui affirmait l'autorité « exclusive » du président dans le champ des relations internationales. La conception extensive des compétences présidentielles en matière internationales a en outre été reprise par la Cour Suprême en 2003, à l'occasion de son arrêt *American Ins. Assn. v. Garamendi*, où elle a notamment rappelé que l'autorité « indépendante » du président s'étend au domaine de la « sécurité nationale⁹⁹ ». En d'autres termes, une opération militaire ponctuelle, sur le modèle de la frappe décidée en avril 2018 contre le régime syrien, a de bonnes chances de résister au test de la troisième catégorie *Youngstown*. Quand

⁹⁷ *Durand v. Hollins*, 8 Fed. Cas. 111 (CCSDNY 1860).

⁹⁸ *Prize Cases*, 67 U.S. 635 (1863)

⁹⁹ *American Ins. Assn. v. Garamendi*, 539 U.S. 396, 429 (2003).

il agit pour la protection des États-Unis contre des menaces qu'il identifie lui-même comme nécessitant une frappe, le président semble pouvoir se réclamer d'une compétence spécifique, qui lui appartient exclusivement, et sur laquelle le Congrès ne peut empiéter.

La zone grise concerne alors les frontières entre les opérations ponctuelles et les opérations de longue haleine. L'indéfinissable « guerre contre le terrorisme international » dans laquelle les États-Unis sont engagés depuis 2001 en apporte la flagrante illustration. Par son objet même, cette guerre s'inscrit dans un contexte de longue haleine. Elle suppose la définition d'une stratégie de long terme, avec des objectifs précis et des ennemis identifiés à raison de leur idéologie. Dans le même temps, la guerre contre le terrorisme international comporte également un volet défensif. Elle englobe en effet des opérations visant à empêcher les cellules terroristes de commettre des attentats massifs, ou à détruire celles qui s'en sont rendues responsables. Saisi d'un contentieux l'amenant à trancher la querelle des *War Powers* dans le contexte spécifique de cette guerre contre le terrorisme, le juge serait donc dans une situation très inconfortable. Plus particulièrement, c'est le caractère obsolète des AUMF de 2001 et 2002 qui interpelle. Conformément à la grille de lecture de la jurisprudence *Youngstown*, l'interprétation des textes législatifs serait au cœur de l'office du juge. Or, leur actualisation pour les faire correspondre au contexte sécuritaire actuel est encore un enjeu brûlant. Le besoin d'un nouveau cadre législatif est criant, mais les propositions n'ont pour l'instant pas abouti.

B. Les défis d'une Authorization for The Use of Military Force contre les groupes terroristes armés internationaux

Si un juge avait aujourd'hui à se prononcer sur la légalité des opérations en cours contre les groupes terroristes internationaux, sa mission serait d'une remarquable difficulté. Une telle incertitude autour de l'issue judiciaire inquiète au plus haut point à l'intérieur de l'institution militaire américaine. En témoigne l'attribution du prix annuel 2017 de l'essai en sécurité nationale du Secrétariat à la Défense à un article s'intéressant précisément à cet enjeu. Publié ensuite dans l'une des plus importantes revues professionnelles du monde militaire (la *Joint Force Quarterly*), l'article pointe avec acuité les limites des AUMF de 2001 et 2002 face au contexte géopolitique actuel dans les régions où opèrent les forces armées américaines¹⁰⁰.

La complexité du point de vue des *War Powers* a sa cause dans la double nature de la guerre contre le terrorisme international. Celle-ci est, d'une part, un conflit politique contre des idéologies et des groupes identifiés comme ennemis, tant par des textes du Congrès que des déclarations du président. Elle est, d'autre part et en même temps, un ensemble hétérogène d'opérations préventives, parfois autorisées par le Congrès, parfois menées unilatéralement par le président. Pour cette raison, la guerre contre le terrorisme international est à cheval entre les différentes hypothèses appréhendables par la jurisprudence *Youngstown*. La justification officielle des opérations américaines au Moyen Orient révèle cette difficulté. D'une part, la guerre contre le terrorisme international est autorisée par le Congrès via les AUMF de 2001 et de 2002. D'autre part, elle est considérée comme nécessaire par le président afin de neutraliser les groupes organisés susceptibles de menacer les États-Unis. Le poids relatif de ces deux argumentaires est dépendant des évolutions sur

¹⁰⁰ T.W. REZNIK, « The Risk of Delay: The Need for a New Authorization for Use of Military Force », *op. cit.*

le terrain opérationnel. Sous la présidence Obama, le volet tiré des pouvoirs du président au nom de la sécurité nationale a ainsi beaucoup décliné, en faveur de celui fondé sur l'autorisation parlementaire¹⁰¹. Cela se comprenait sans mal au regard de la complexification de la situation militaire au Moyen-Orient : l'éclatement politique de la région et la multiplication des conflits et des acteurs a obscurci le tableau d'ensemble, rendant difficile pour ne pas dire impossible l'attribution claire des responsabilités entre les différents groupes¹⁰². Dans un tel contexte, il était plus facile pour l'administration de se réclamer du vocabulaire très large des AUMF, plutôt que de s'engager dans une justification au cas par cas.

La présidence Trump semble avoir rompu avec cette pratique, du moins en ce qui concerne les opérations « ponctuelles ». La lecture de la justification officielle pour les frappes contre les installations d'armes chimiques syriennes en offre un témoignage particulièrement éclairant. Bien que situé en dehors du champ direct de la guerre contre le terrorisme international, l'argumentaire présidentiel marque en effet par sa généralité : au soutien de la compétence de l'Exécutif pour procéder à la frappe, les juristes de la Maison Blanche arguent de la protection des intérêts de « sécurité nationale ». Plus précisément, le mémorandum se justifie en arguant que l'usage d'armes chimiques par le régime de Bachar Al-Assad contribue à la déstabilisation de la région, alors qu'une telle déstabilisation menace gravement la sécurité des États-Unis¹⁰³.

Si les opérations ponctuelles au nom de la sécurité nationale semblent avoir la préférence de l'administration actuelle, elles ne résument cependant pas tous les aspects de la guerre contre le terrorisme international menée en 2019 par les États-Unis. La présence militaire américaine au Moyen-Orient s'inscrit encore aujourd'hui dans la durée, dans le cadre d'une guerre contre une idéologie et des groupes identifiés comme ennemis. Les armées américaines demeurent donc engagées dans des opérations de longue haleine, relativement auxquelles la jurisprudence *Youngstown* exigerait une assise législative. Or, l'argumentaire basé sur les AUMF de 2001 et 2002 devient de moins en moins convaincant au fil de l'évolution des situations concrètes. Le texte de 2002 ne retient pas longtemps l'attention. Spécifiquement élaboré à l'époque pour autoriser l'emploi de la force armée contre le régime irakien de Saddam Hussein, le texte ne comporte qu'une allusion furtive dans ses considérants au groupe terroriste Al-Qaïda « dont la présence sur le territoire irakien est avérée¹⁰⁴ ». L'AUMF de 2001, en revanche, mérite d'être citée plus en détail. Elle avait ainsi pour objet :

d'autoriser le président à employer toute la force nécessaire et appropriée contre les nations, organisations ou individus déterminés par lui comme ayant préparé, autorisé, commis ou aidé à commettre les attaques terroristes du 11 septembre 2001, ou qui abriteraient de tels organisations ou individus, dans le but

¹⁰¹ M.D. RAMSEY, « Constitutional War Initiation and the Obama Presidency », *op. cit.*

¹⁰² T.W. REZNIK, « The Risk of Delay: The Need for a New Authorization for Use of Military Force », *op. cit.*

¹⁰³ « April 2018 Airstrikes Against Syrian Chemical-Weapons Facilities. Memorandum Opinion For the Counsel to the President. », *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁴ *Authorization for Use of Military Force Against Iraq Resolution of 2002*, Public Law 107-243 Oct. 16, 2002.

d'empêcher tout acte futur de terrorisme international contre les États-Unis par ces nations, organisations ou individus¹⁰⁵.

La portée de la disposition est large, d'autant plus qu'elle ne se contente pas de regarder vers le passé. L'AUMF se projette également vers l'avenir, en ce qu'elle comporte un volet destiné à prévenir la commission de nouvelles attaques. Pour autant, le texte ne délivre pas un blanc-seing au président. Au cœur de l'autorisation figure en effet un événement singulier, à savoir les attentats du 11 septembre 2001. Le président n'est pas autorisé à agir contre n'importe quel groupe terroriste qui aurait commis ou s'apprêterait à commettre des attentats contre les intérêts américains. Il ne peut agir que contre les groupes en lien avec le 11 septembre 2001. Or, le contexte géopolitique du Moyen-Orient a profondément changé depuis le début des années 2000, et les liens d'allégeance entre les différents groupes terroristes forment des mosaïques très complexes. Tous les groupes actifs sur les terrains d'opérations américains en Syrie ou en Irak aujourd'hui ne peuvent aussi facilement être reliés à l'organisation Al-Qaïda telle qu'elle existait en 2001¹⁰⁶. Une autre difficulté s'élève également de l'AUMF de 2001, tenant cette fois aux moyens mis en œuvre par le président, et à la finalité de l'opération décidée. Les responsables directs des attentats de 2001 ayant été éliminés, l'actualité de l'AUMF se trouve dans sa portée préventive. En la matière, le texte s'inscrit cependant dans une stricte logique finaliste. L'emploi de la force armée est autorisé pour empêcher de nouveaux attentats visant directement les États-Unis, il n'a pas vocation à soutenir des changements de régime, ou même à déjouer des attentats contre les populations locales. Dès lors, les opérations de longue haleine toujours en cours en Irak ou en Syrie, ou ailleurs au Moyen-Orient, semblent s'inscrire difficilement dans le cadre de l'AUMF de 2001¹⁰⁷.

En l'état actuel du droit américain, il ressort de ce qui précède que les opérations de longue haleine menées dans le cadre de la guerre contre le terrorisme international reposent sur des bases juridiques fragiles. Faute de pouvoir s'insérer de manière satisfaisante dans les AUMF en vigueur, elles courent le risque de basculer de la première à la troisième catégorie *Youngstown* en cas de contentieux judiciaire. La conséquence serait majeure. Ainsi que cela a été montré précédemment, une opération de longue haleine ne pouvant se rattacher qu'à la volonté présidentielle risquerait en effet la censure des tribunaux¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Authorization for Use of Military Force*, Public Law 107-40 Sept. 18, 2001, sec. 2 (a).

¹⁰⁶ Tout au long de la décennie 2000, l'établissement du lien était facilité par l'aura d'Al-Qaïda dans le monde terroriste islamiste. Les organisations faisaient explicitement allégeance à la « maison mère », ce qui les transformait aussitôt en cibles au sens de l'AUMF de 2001. L'arrivée de l'État Islamique sur la scène régionale bouleversa cependant la situation. L'EI lui-même, en tant qu'État Islamique depuis 2006 de la branche irakienne Al-Qaïda, pouvait certes être relié à l'organisation responsable des attaques du 11 septembre 2001. Il n'en va cependant pas nécessairement de même pour les multiples groupes qui ont par la suite fait allégeance à l'EI. Pour une présentation en détail de cet enjeu, on lira T.W. REZNIK, « The Risk of Delay: The Need for a New Authorization for Use of Military Force », *op. cit.*, p. 38 *sqq.*

¹⁰⁷ Dans le même sens : T.W. REZNIK, « The Risk of Delay: The Need for a New Authorization for Use of Military Force », *op. cit.* ; G. CRONOGUE, « A New AUMF: Defining Combatants in the War on Terror », *Duke Journal Of Comparative and International Law*, 22, 2012, p. 377-406 ; W.S. CASTLE, « The Argument For a New and Flexible Authorization For the Use of Military Force », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 38/2, 2015, p. 509 *sqq.*

¹⁰⁸ V. *supra*, II.A.

L'enjeu d'une actualisation des AUMF, et en particulier celle de 2001, est donc brûlant. Jusqu'à présent, aucun texte n'a pourtant vu le jour, et il est remarquable qu'aucune proposition ne soit encore à l'agenda des chambres sorties des *Mid Terms*. Ce silence législatif n'empêche cependant pas un exercice de prospective, dans la mesure où des projets ont existé. Ces projets méritent dès lors l'attention pour ce qu'ils révèlent de la conception que le Congrès se fait de son rôle dans la guerre contre le terrorisme. À cet égard, deux options semblent se dessiner. La première correspond à la *Joint Resolution* des sénateurs Corker et Kaine, déposée devant le 115^e Congrès le 16 avril 2018. Elle se caractérisait par une grande modestie quant à l'implication du Congrès dans la guerre contre le terrorisme international¹⁰⁹. Tout d'abord, elle entendait purger tous les contentieux qui auraient pu émerger des précédentes AUMF. La proposition de *Resolution* Corker-Kaine se proposait d'abroger et de remplacer les AUMF de 2001 et 2002, tout en validant expressément les opérations actuellement en cours sur leur fondement. Le texte identifiait ensuite certains groupements qualifiés explicitement de groupes terroristes, en établissait une liste, et autorisait le président à utiliser la force militaire contre eux. La modestie de la proposition se lisait alors à travers le concept de « groupe associé » à ces groupes listés. La résolution Corker-Kaine laissait en effet la possibilité au président de désigner lui-même, en fonction des renseignements disponibles, les « groupes associés » aux groupements listés par le Congrès et d'utiliser ensuite la force armée contre eux. En d'autres termes, la proposition Corker-Kaine était peu ambitieuse. La clarification du cadre juridique de la guerre contre le terrorisme se faisait au profit assumé de l'Exécutif.

Une seconde option était à l'étude devant le 115^e Congrès, qui tranchait avec la modestie de la proposition Corker-Kaine. En parallèle de cette dernière fut en effet introduite une *Constitutional Consideration for Use of Force Resolution* par le sénateur Merkley¹¹⁰. La différence d'approche se donnait à voir dès le début du texte, consacré au sort des AUMF de 2001 et 2002. La proposition Merkley avait vocation à abroger et remplacer ces anciens textes, tout en laissant à l'Exécutif un délai de 6 mois pour mettre les opérations actuelles en conformité avec le nouveau cadre législatif. Aucune validation rétroactive donc ; la résolution affirmait d'emblée la reprise de contrôle du Congrès sur la définition de la guerre contre le terrorisme. Le volontarisme se retrouvait aux étapes suivantes du texte. La proposition Merkley constituait ainsi une autorisation d'emploi de la force de nature finaliste, c'est-à-dire qu'elle fixait un objectif déterminé aux opérations militaires entreprises sur son fondement. Les opérations militaires ne pouvaient avoir pour but que la « protection des États-Unis et de ses intérêts prééminents¹¹¹ », lesquels étaient en outre définis comme restreints au territoire des États-Unis, ses citoyens et ses forces armées¹¹². De manière plus précise encore, le texte entendait limiter géographiquement et matériellement l'emploi de la force armée. La proposition Merkley ne constituait une autorisation d'emploi de la force armée que dans un cadre limité à

¹⁰⁹ *S.J.Res.59 – Authorization for Use of Military Force 2018*, consultable sur le site du Congrès [<https://www.congress.gov/115/bills/sjres59/BILLS-115sjres59is.xml>].

¹¹⁰ *S.J.Res.61 – Constitutional Consideration for Use of Force Resolution*, consultable sur le site du Congrès [<https://www.congress.gov/115/bills/sjres61/BILLS-115sjres61is.xml>].

¹¹¹ *S.J.Res.61*, section 2.

¹¹² *Ibid.*, section 11.

l’Afghanistan et à l’Irak, et uniquement contre les Talibans, Al-Qaïda et l’État Islamique en Irak et au Levant¹¹³. Si le président entendait frapper un autre groupe, il lui appartenait de requérir l’autorisation spécifique du Congrès. De plus, dans l’hypothèse où le Congrès approuverait l’extension de l’autorisation, il appartiendrait alors au président de confirmer au Congrès tous les six mois que le groupe visé entre toujours dans la catégorie définie par le Congrès dans son autorisation, sous peine de quoi l’autorisation expirerait automatiquement après soixante jours¹¹⁴. Enfin, une ultime précaution était prise dans ce texte contre tout abus de l’Exécutif avec l’inscription d’une « *sunset clause* », c’est-à-dire que l’AUMF prévoyait elle-même qu’elle expirerait au bout de 3 ans¹¹⁵.

Ces deux propositions constituent en quelque sorte deux extrêmes. Si la première aboutissait à un « chèque en blanc » au profit du président dans la guerre contre le terrorisme international, la seconde revendiquait la prééminence du Congrès dans la définition des objectifs de la guerre. À cet égard, la confrontation de ces deux options avec les précédents judiciaires en matière de distribution des compétences aboutit à des conséquences très différentes. L’option du « chèque en blanc », tout d’abord, réussit à chasser l’ombre du juge, dans la mesure où elle fait basculer toutes les opérations contre le terrorisme international dans la première catégorie *Youngstown*. Choisir cette voie reviendrait cependant pour le Congrès à renoncer à jouer un rôle dans la guerre contre le terrorisme international. Il s’en remettrait à l’appréciation du président, et les cours ne pourraient qu’en prendre acte. La seconde option, quant à elle, exposerait à davantage de frictions. À se faire aussi dirigeant, le Congrès ne manquerait pas de susciter l’opposition du président, avec pour conséquence d’entrer dans la troisième catégorie *Youngstown* en cas de contentieux. Or, il a été vu à cet égard que la jurisprudence fédérale donnait un poids certain à l’argument d’une compétence spécifique du président en matière internationale pour défendre la sécurité des États-Unis.

Dans la mesure où le 116^e Congrès n’a pour l’instant repris aucune de ces deux options, il est peu pertinent de pousser plus loin l’analyse des deux propositions avortées. Les résolutions Corker-Kaine et Merkley ont néanmoins eu le mérite de poser l’enjeu et de montrer les difficultés d’un encadrement satisfaisant de la guerre contre le terrorisme international. Celle-ci s’approche de très près du cœur des compétences réservées au président, avec pour conséquence que la marge de manœuvre du Congrès se révèle étroite. Pour autant, il n’est pas possible de faire l’économie d’une intervention du Congrès si les États-Unis entendent poursuivre leurs opérations de longue haleine. Même si elle se contente de signer un chèque en blanc au président, une nouvelle AUMF pour encadrer la guerre contre le terrorisme international est nécessaire. Le risque judiciaire, en effet, est désormais bien réel. Tout d’abord, l’affaire Nathan Smith et l’évolution de la jurisprudence de la Cour Suprême relative à la *Political Question* ont rendu possible une intervention du juge dans la controverse autour des *War Powers*. Ensuite, avec la jurisprudence *Youngstown*, le juge dispose du canevas lui permettant de classer les opérations militaires et d’en tirer les conséquences en termes de distribution des compétences constitutionnelles. En matière de guerre contre le terrorisme international, tous ces éléments risquent d’amener un jour les tribunaux à se saisir des AUMF de 2001

¹¹³ *Ibid.*, section 2.

¹¹⁴ *Ibid.*, section 4.

¹¹⁵ *Ibid.*, section 6.

et 2002, et à en constater l'obsolescence. Il convient à cet égard d'espérer que les deux branches politiques du Gouvernement seront parvenues à s'entendre avant sur une répartition satisfaisante des *War Powers* entre eux.

Luc Klein

Luc Klein est maître de conférences en droit public à l'Université Paris1 Panthéon-Sorbonne (ISJPS UMR 8103), membre du groupe de recherches *Sorbonne War Studies* et membre associé de l'Institut de Recherches Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg (EA 3399).