

L'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme

Bertrand PAUVERT

Maître de conférences HDR en droit public, directeur du CERDACC (EA 3992), Université de Haute-Alsace

Résumé : *L'essor du terrorisme a conduit à la création d'un dispositif législatif en constante croissance visant à s'en préserver et justifiant fréquemment la mise à l'écart de nombres de règles procédurales ou éthiques couramment considérées comme inhérentes à l'état de droit. Le terrorisme apparaît alors tout à la fois comme la cause de lois d'exception et leur sésame. Pour autant l'arsenal législatif institué ne va pas sans soulever d'interrogation tant il semble accréditer que la fin puisse justifier les moyens ; or il sera vérifié que tel n'est pas le cas.*

1. L'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme est en pleine expansion et ne semble devoir connaître aucune faille ; un rapide examen des textes applicables suffit à en convaincre. Cet examen révèle immédiatement la multitude de textes ayant le terrorisme pour objet. En France, si la première utilisation législative du terme terrorisme remonte à la deuxième guerre mondiale¹, c'est au cours des trente dernières années qu'il a vu croître de façon exponentielle son inscription dans les lois. On compte en effet en France pas moins de seize lois qui, depuis 1986, possèdent le terrorisme en objet², quand ce sont deux cents articles de nos textes codifiés qui reprennent ce terme³. Cette prolifération nationale n'a d'ailleurs d'égale que celle des dispositions internationales puisque l'on compte autant de conventions, qu'elles soient universelles⁴ ou locales⁵ sur le sujet.

2. Le pullulement des textes va de pair avec l'imprécision de la notion, tant il est vrai que l'on n'est jamais parvenu à aucune unanimité quant à la définition du terrorisme. Il semble qu'à la question « qu'est-ce que le terrorisme ? » existe autant de réponses que de spécialistes ; il n'existe pas de définition reconnue du terrorisme qui fasse l'unanimité, mais que l'on puisse assez facilement en dresser une typologie. La classification qui fait sans doute le plus sens conduit alors à

¹ Loi du 24 déc. 1943, assurance des sinistres résultant d'actes de sabotage ou de terrorisme (JO du 12 mars 1944, p. 753). L'essor des actes de sabotage et de destruction commis par la résistance en France conduisit alors le Gouvernement à adopter une loi obligeant les sociétés d'assurance à rembourser les dommages résultant d'actes de terrorisme (elles en obtenaient ensuite le remboursement, d'un fonds « attentats » alimenté par une contribution assise sur tous les contrats). V. not. *Livre Blanc Réassurance du Terrorisme en France*, Apref, Paris, déc. 2012, p. 31.

² Au 20 juil. 2014. La première, fut la loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat (JO du 10, p. 10956) ; on peut encore relever que depuis cette même date ce sont pas moins de soixante-deux lois qui comportèrent des articles relatifs au terrorisme (sans compter les textes visant à la ratification de conventions internationales ou d'accords de coopération entre Etats).

³ A la même date du 20 juil. 2015 ; cela sans tenir compte des occurrences susceptibles d'apparaître dans des textes non codifiés.

⁴ Quatorze conventions de l'ONU (sans compter les protocoles additionnels ou modificatifs) s'appliquent en matière de terrorisme et un Comité contre le terrorisme y a été créé en 2001 par la résolution AG n° 1373 (2001) du 28 sept. 2001 afin de renforcer l'aptitude des États à empêcher les actes de terrorisme à l'intérieur de leurs frontières et dans l'ensemble des régions. V. not. « Instruments juridiques internationaux pour combattre le terrorisme », www.un.org/fr/terrorism/instruments.shtml ; v. aussi Pascale Martin-Bidou, « Droit international et terrorisme », cette revue, spéc. n° 28 à 40.

⁵ Neuf conventions du Conseil de l'Europe visent à la lutte contre le terrorisme ; elles sont le reflet de l'importance de la lutte contre ces actions pour les sociétés démocratiques comme le notait le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa déclaration sur le terrorisme, le 23 nov. 1978 : « la prévention et la répression des actes de terrorisme sont indispensables pour assurer le maintien de la structure démocratique des États membres ». V. l'état des conventions : www.coe.int/t/dlapil/codexter/conventions_fr.asp.

distinguer le terrorisme idéologique⁶, de libération nationale⁷ ou d'Etat⁸. Par ailleurs la définition la plus acceptée est sans doute celle des professeurs Schmid et Jongman, pour lesquels : « *le terrorisme est une méthode d'action violente répétée inspirant l'anxiété, employée par des acteurs (semi-) clandestins individuels, en groupes ou étatiques, pour des raisons idiosyncratiques, criminelles ou politiques, selon laquelle -par opposition à l'assassinat- les cibles directes de la violence ne sont pas les cibles principales. Les victimes humaines immédiates de la violence sont généralement choisies au hasard (cibles d'occasion) ou sélectivement (cibles représentatives ou symboliques) dans une population cible, et servent de générateurs de message. Les processus de communication basés sur la violence ou la menace entre les (organisations) terroristes, les victimes (potentielles), et les cibles principales sont utilisés pour manipuler la (le public) cible principale, en faisant une cible de la terreur, une cible d'exigences, ou une cible d'attention, selon que l'intimidation, la coercition ou la propagande est le but premier* »⁹.

3. Si la définition du terrorisme est ardue, il semble plus facile de dater son apparition dans l'histoire humaine. Si la violence politique a de tout temps émaillé l'histoire des hommes, le terrorisme -tel que nous le connaissons- est incontestablement né avec la modernité. Le mot, sans viser désormais un mode opératoire spécifique désigne aujourd'hui toute action violente destinée à répandre la terreur : attentat, détournement aérien, meurtre... Il s'agit, par ces actes meurtriers et médiatisés, de marquer l'opinion pour parvenir à un résultat de nature politique : faire pression sur une population civile pour obtenir la soumission d'un Etat aux objectifs de l'auteur ou de l'instigateur de l'acte terroriste¹⁰.

4. Confrontés aux actions terroristes, les gouvernants cherchent à développer une réponse toujours plus efficace s'efforçant de connaître leurs ennemis et de prévoir leurs mouvements. Dans cette lutte, les mouvements terroristes constituent une sorte d'empire invisible et disposent toujours d'un temps d'avance, sachant où et comment ils déferont leurs ennemis. C'est cette réalité qui nous a été cruellement rappelée au début de l'année 2015.

5. Eprises de libertés, nos sociétés voient dans celles-ci le fondement du pacte social et s'efforcent de lutter contre ceux qui par la terreur viennent nier leur raison d'être. La lutte contre le terrorisme mobilise les pouvoirs publics qui s'efforcent de doter les services de police ainsi que la justice des moyens appropriés de contrecarrer les méfaits de ces criminels modernes. Pour autant les moyens de lutter contre le terrorisme ne vont pas sans soulever d'interrogations, tant ils tendent à remettre peu ou prou en cause les libertés individuelles au nom de la sécurité (surveillance des

⁶ On y retrouve le terrorisme anarchiste du 19e siècle, celui des Brigades rouges italiennes ou de la *Rote Armee Fraktion*, mais également le terrorisme néofasciste ou le terrorisme d'inspiration religieuse lié à l'islam.

⁷ Entrent dans cette catégorie, tous les terrorismes liés aux différents combats pour la décolonisation (Viêt-Nam, Algérie...) ou pour la reconnaissance d'un Etat (Irlande, Israël, Palestine...).

⁸ Peuvent entre autres être évoqués ici les menées de la Lybie du colonel Kadhafi, la Syrie de Hafez el-Assad, les combats d'Israël, voire certaines opérations de la France ; sur ces dernières voir not. Vincent Nouzille, *Les tueurs de la République*, Fayard, 2015.

⁹ Alex P. Schmid et Albert J. Jongman, *Political Terrorism : A New Guide To Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, And Literature*, Transaction Publishers, Piscataway, 1988, pp. 1-2. Sur la définition du terrorisme, on se reportera notamment, parmi une littérature abondante, à David Cumin, « Tentative de définition du terrorisme à partir du jus *in bello* », *RSC*, 2004, pp. 11-30 ; Hélène Tigroudja, « Quel (s) droit (s) applicable (s) à la " guerre au terrorisme " ? », *Annuaire français de droit international*, 2002, n° 48, pp. 81-102 ; Eric Hugues, « La notion de terrorisme en droit international: en quête d'une définition juridique », *Journal du droit international*, 2002, pp. 753-771...

¹⁰ Sous cet angle, le terme « terrorisme » a fait l'objet d'une évolution conceptuelle et sémantique intéressante. Il apparaît en effet au cours de la Révolution française et désigne alors pour ses zéloteurs la terreur exercée par l'Etat contre les ennemis de la Révolution (et c'est d'ailleurs encore en ce sens que le désigne le *Dictionnaire de l'Académie française*, dans sa 8^e éd. : « *Régime de terreur politique* »). Le mot va ensuite évoluer pour d'abord désigner ceux qui utilisent des moyens violents contre l'Etat, cherchant à instiller la terreur (anarchistes au XIX^e siècle) puis d'autres utilisant les mêmes moyens dans le cadre des luttes d'indépendance nationale. Aujourd'hui, cette dimension idéologique, amplifiée par la revendication religieuse (spécialement liée à l'Islam) constitue la forme de terrorisme la plus fréquente...

populations et contrôle des médias, fichage, réduction des garanties procédurales offertes, alourdissement des sanctions pénales...) ¹¹. De telles évolutions sont discernables dans l'ensemble des démocraties occidentales et méritent d'être discutées ; d'autant qu'elles ne permettent pas de réduire à néant la menace terroriste. Cette insuffisance conduit à ce que d'autres méthodes, encore plus radicales, soient envisagées.

6. De la validation par la Cour suprême d'Israël de la réalisation de « *pressions physiques modérées* », à la mise en œuvre des assassinats ciblés par les Etats-Unis, en passant par l'internement sans jugement de centaines de personnes présumées terroristes (Guantanamo), les méthodes utilisées tendent à s'éloigner chaque jour un peu plus des standards procéduraux des démocraties pluralistes. Alors que le terroriste mène une guerre révolutionnaire et se veut, à l'instar de la recommandation de Mao Tsé-toung, « *dans le peuple comme un poisson dans l'eau* », comment répondre aux défis qu'il pose à nos sociétés sans que celles-ci ne se renient ? Nos sociétés se trouvent soumises à la tentation de mener une guerre totale contre un ennemi considéré comme absolu ; elles répondent par un essor des normes applicables à la lutte contre le terrorisme (I). Cet essor de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme n'est pas sans connaître d'importantes limites (II).

I. L'essor de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme

7. Au développement du terrorisme a répondu une mobilisation toujours croissante de la législation. S'il est attesté de longue date que les circonstances exceptionnelles appellent des mesures exceptionnelles ¹² ; de telles mesures se doivent pourtant de rester réellement exceptionnelles au risque de conduire vers le despotisme ¹³. Or, sous cet angle et pour ne s'en tenir qu'à la situation de la France, se dresse le constat d'une réponse législative systématique à toute nouvelle situation dite « terroriste » et omniprésent, le terrorisme apparaît comme la cause des lois d'exception. L'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme ne s'arrête toutefois pas à ce constat ; en effet l'examen du contenu de ces législations anti-terroristes atteste que la justification terroriste apparaisse comme le moyen de justifier des mesures ordinairement refusées. Dès lors, si le terrorisme semble bel et bien la cause des lois d'exception ¹⁴ (A), il paraît surtout en être le sésame (B).

¹¹ Sur ces éléments, v. not. Alain Vandervorst, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme », *RRJ*, 1998-3, pp. 1009-1019 ; Eve Boccara, « La lutte contre le terrorisme est-elle compatible avec le respect des droits de l'homme ? », *Lexbase Hebdo*, 2002, n° 50 ; Roland Drago, « L'État face au terrorisme : introduction », *Rev. Adm.*, 2004, n° 340, pp. 342-344 ; Claude Journès, « Les dispositifs français de lutte contre le terrorisme », *RSC*, 2010, pp. 743-749 ; Carolina Cerda-Guzman, « La lutte contre le terrorisme en droit constitutionnel étranger : vers un nouvel équilibre entre sécurité et libertés ? », *RDLF*, 2015, chron. n° 14, www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/la-lutte-contre-le-terrorisme-en-droit-constitutionnel-etranger-vers-un-nouvel-equilibre-entre-securite-et-libertes/.

¹² On se souviendra d'ailleurs que la première référence à une situation de « terrorisme » et à des lois justifiées par la terreur se retrouve sous la République romaine, puisque la panique et le danger soulevés par la proximité de l'invasion Cimbrique conduisit le Sénat à proclamer l'état de terreur cimbrique (*terror cimbricus*) en 105 avant Jésus-Christ ; état donnant les pleins-pouvoirs à Marius.

¹³ D'ailleurs, il est remarquable de noter que chez Montesquieu, la terreur constitue bel et bien le principe du gouvernement despotique ; v. *De l'esprit des lois*, 1748, 1^{ère} partie, L. VI, ch. 9.

¹⁴ La question pourrait se poser de savoir si la législation visant la répression du terrorisme est ou pas une législation d'exception. En effet, l'étude d'impact du 8 juil. 2014 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (qui conduira à la loi n° 2014-1353) récuse cette qualification au motif suivant : « *La qualification terroriste induit l'application de la législation anti-terroriste, qui répond de manière adaptée et proportionnée à la gravité et à la complexité de la menace terroriste, en permettant la mise en œuvre de techniques spéciales d'enquête contrôlées par un juge du siège. Le recours à ces qualifications ne saurait correspondre à l'application d'un droit exceptionnel, en raison des garanties suivantes : la législation anti-terroriste n'est pas un droit d'exception mais un droit spécifique s'intégrant dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, soumis aux mêmes garanties procédurales admises pour toute infraction (...)* » ; www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2110-ei.asp. La volonté de distinguer la législation contre le terrorisme du droit d'exception pour le qualifier de droit spécifique nous paraît s'appuyer sur une nuance relativement byzantine, tant il est vrai que par exception on peut tout à fait entendre *ad hoc*, c'est-à-dire qui déroge au droit commun, qui s'applique de manière spécifique.

A) Le terrorisme, cause des lois d'exception

8. Toute attaque terroriste tend à justifier l'adoption de dispositions *ad hoc* spécialement destinées à contrer la menace venant de se réaliser. Les différents régimes confrontés au terrorisme cherchent à éviter le renouvellement de tels événements en donnant des moyens supplémentaires aux services de sécurité. Loin de n'être limité qu'à la France, ce constat se vérifie sur l'ensemble de la planète. Cette concomitance vérifiée des événements va le plus souvent de pair avec l'accélération des procédures permettant l'adoption de ces dispositions, tout cela au nom du « droit à la sécurité » dont disposerait le citoyen.

9. Avec désormais trente ans de recul, on peut vérifier que chaque attentat ou vague d'attentats génère de façon quasi automatique l'adoption de nouvelles lois visant à conjurer le renouvellement de ces événements. Au regard de leur forte dimension symbolique, chacun pense spontanément aux attentats du 11 septembre 2001 qui ont entraîné de manière immédiate et quasi concomitante l'adoption aux Etats-Unis d'Amérique du *Patriot Act*, le 26 oct. 2001¹⁵ ; cette proximité temporelle se vérifie en France également. En restant sur cette dimension symbolique, on se souviendra que la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001 n'avait que trois semaines de retard sur sa grande sœur américaine¹⁶. Sans qu'il soit besoin d'effectuer la généalogie de l'ensemble des textes intervenus, la première loi ayant spécifiquement le terrorisme pour objet fut adoptée le 9 septembre 1986, six mois après les attentats de février-mars de la même année¹⁷. De la même manière, chaque évolution des méthodes terroristes donne lieu à de nouvelles inflexions législatives et encore récemment, c'est à la suite de l'apparition du phénomène dénommé par les journalistes du « loup solitaire », que l'on a créé la notion d'entreprise terroriste individuelle ; inflexion explicitement justifiée : « *afin de tenir compte de l'évolution de la menace terroriste et de la possibilité pour une personne seule de préparer un acte de terrorisme* »¹⁸. D'ailleurs, le texte à l'origine de la loi revendique lui-même sa filiation avec les actes terroristes : « *les événements récents ont mis en lumière quelques manques de notre législation qu'il importe de combler afin de mieux prévenir et mieux réprimer de tels actes* », déclare le Premier ministre pour justifier son texte¹⁹.

10. Une autre caractéristique de ces textes réside dans l'accélération des procédures auxquelles ils donnent lieu. La plupart de ces textes ayant la lutte contre le terrorisme sont en effet adoptés après déclaration d'urgence par le Gouvernement et parfois avec engagement de sa responsabilité sur le vote. Ces dispositions phares du parlementarisme rationalisé, conçues comme devant

¹⁵ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, HR 3162, 26 oct. 2001.

¹⁶ Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne (JO du 16, p. 18125). On relèvera d'ailleurs que le projet de loi initialement déposé au mois de mars ne contenait même pas le mot terrorisme (projet de loi n° 2938 relatif à la sécurité quotidienne, Ass. nat., 14 mars 2001 : www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/projets/pl2938.pdf). Des dispositions *ad hoc*, spécifiques à la lutte contre le terrorisme, ont été ajoutées par amendement gouvernemental, en cours de procédure ; v. Jean-Pierre Schosteck, rapport n° 7 sur le projet de loi relatif à la sécurité quotidienne, Sénat, 10 oct. 2001, spéc. p. 8.

¹⁷ Loi n° 86-1020 préc. ; le projet de loi n° 155 fut déposé à l'Assemblée le 28 mai 1986, deux mois après les attentats et le changement de majorité intervenu à la suite des élections législatives du 16 mars.

¹⁸ Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Ass. nat., 9 juil. 2014, p. 7. Cette forme de terrorisme apparaît en France après les crimes de Mohammed Merah à Toulouse en mars 2012 ou Mehdi Nemmouche, à Bruxelles en mai 2014. Il est d'ailleurs une conséquence des nouveaux mots d'ordre des dirigeants radicaux islamistes : Abou Moussab al-Souri promeut ainsi, dans son ouvrage *Appel à la résistance islamique mondiale*, publié en 2004 (ouvrage uniquement disponible sur internet, en langue arabe), cette nouvelle méthode d'action pour les musulmans radicaux ; comme le relève Jean-Dominique Merchet, « *Il s'agit de promouvoir des actions "décentralisées", sans ordres venant du sommet : un "solo jihad cimenté par une idéologie, un nom, relevant d'une technique de marketing et une méthode" militaire. Celle-ci a été baptisée la stratégie des "milles entailles" : faute de pouvoir porter un coup fatal à l'ennemi trop puissant, on lui inflige des centaines de petites blessures qui finiront par le terrasser* », « Comment le GIGN analyse les "tueries planifiées" des djihadistes », www.Lopinion.fr, 14 juil. 2015.

¹⁹ Projet de loi n° 2110 préc., p. 3 (exposé des motifs).

permettre au Gouvernement de mener à bien sa politique sans avoir à se soucier perpétuellement d'un parlementarisme devenu absolu sont ainsi utilisées au nom de l'urgence pour accélérer l'adoption des textes en cause²⁰. Si l'urgence d'une situation appelle effectivement la rapidité dans la formulation d'une réponse, l'examen du contenu des lois en cause ne laisse pas toujours apparaître que l'urgence soit toujours si réelle. Cela conduit à l'adoption extrêmement rapide de textes, ce qui ne peut que conduire à la mise à l'écart, de fait, d'un débat parlementaire approfondi et à une perte de qualité substantielle de la loi. L'examen de la procédure législative des lois relatives au terrorisme révèle que celles-ci sont en moyenne adoptées en moins de quatre mois et le plus souvent en moins de trois mois²¹... Un constat identique peut être d'ailleurs être dressé à propos de la loi de 2015 relative au renseignement, qui même sans avoir le terrorisme en objet, visait clairement à prévenir celui-ci ; présenté en conseil des ministres le 19 mars 2015, le texte est adopté dans le cadre de la procédure d'urgence et après engagement de responsabilité le 24 juin 2015 en à peine trois mois²².

11. Il ressort de ce bref examen de la procédure législative que finalement, c'est bien au nom du « droit à la sécurité », érigé par Lionel Jospin en premier droit du citoyen²³ et depuis consacré comme liberté fondamentale par le législateur par l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure que se voient justifiées ces lois visant à préserver nos sociétés du terrorisme. Or, cette justification par le terrorisme ne s'arrête pas là ; si le terrorisme justifie bien l'adoption systématique de nouvelles lois, il semble bien que la mise en avant du terrorisme permette de justifier ces lois d'exception, en écartant des principes ordinairement reconnus. Bref, que l'invocation du terrorisme constitue le sésame ouvrant la porte de la constitutionnalité de ces lois d'exception.

B) Le terrorisme, sésame des lois d'exception

12. La lutte contre le terrorisme mobilise les pouvoirs publics qui s'efforcent de doter les services de police ainsi que la justice des moyens appropriés de contrecarrer les méfaits de ces

²⁰ En excluant les textes visant à la ratification de conventions internationales. Pour ne donner que quelques exemples de ces lois adoptées après déclaration d'urgence par le Gouvernement, ce fut le cas de la première d'entre-elles, la loi n° 86-1020 préc., de même de la loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (JO du 24, p. 1129) ; ce fut identique pour des textes plus récents : les loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme (JO du 22, p. 20281) ou n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (JO du 14, p. 10162), ont été adoptées selon la procédure d'urgence. A l'inverse, ce ne fut pas le cas pour les lois n° 96-647 du 22 juil. 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme... (JO du 23, p. 11104) et n° 96-1235 du 30 déc. 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme (JO du 1^{er} janv. 1997, p. 9).

²¹ Il s'écoule entre la présentation en conseil des ministres et le vote définitif de la loi, 10 semaines pour la loi n° 86-1020 préc. (28 mai - 7 août 1986), 7 semaines pour la loi n° 2006-64 préc. (28 oct. - 22 déc. 2005), 9 semaines pour la loi n° 2012-1432 préc. (3 oct. - 12 déc. 2012), 8 semaines pour la loi n° 2014-1353 préc. (9 juil. - 4 nov. 2014 ; en ôtant les vacances parlementaires). Un constat identique peut être dressé lorsqu'il s'agit de textes issus de propositions de loi : 7 semaines entre le dépôt du texte et son adoption pour la loi n° 97-1273 du 29 déc. 1997 tendant à faciliter le jugement des actes de terrorisme (JO du 31, p. 19312 ; 28 oct. - 18 déc. 1997) et 5 semaines pour la loi n° 2008-1245 du 1^{er} déc. 2008 (qui prolonge l'application de certaines dispositions de la loi n° 2006-64 préc. ; JO du 2, p. 18361 ; 16 oct. - 28 nov. 2008). On ne relève que deux lois ayant le terrorisme en objet direct (en excluant, là encore, les textes visant à la ratification de conventions internationales) à avoir été adoptées dans un délai que l'on qualifierait ordinairement de raisonnable ; 8 mois pour la loi n° 96-647 préc. (25 oct. 1995 - 19 juin 1996) et 7 mois pour la loi n° 96-1235 préc. (24 avr. - 19 déc. 1996).

²² Loi n° 2015-912 du 24 juil. 2015 relative au renseignement (JO du 26, p. 12735).

²³ A l'occasion de son discours de politique générale devant l'Assemblée nationale, le 19 juin 1997, Lionel Jospin qualifie la sécurité qui est, dit-il, la garante de la liberté, de « *droit fondamental de la personne humaine* ». Il tiendra ensuite ces propos fameux à Villepinte, lors d'un colloque intitulé "Des villes sûres pour des citoyens libres", le 25 octobre 1997 ; le Premier ministre y affirme les principes et la cohérence de l'action gouvernementale en matière de sécurité : « *Ainsi que le proclame la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, la "sûreté" est l'un des "droits naturels et imprescriptibles de l'Homme". Un citoyen dont la sécurité n'est pas assurée ne peut exercer son droit à la liberté. Le principe républicain de l'égalité entre les citoyens ne peut ignorer ce droit à la sécurité. Tout citoyen, toute personne, vivant sur le territoire de la République ont droit à la sécurité* ».

criminels modernes. Pour autant, l'examen des modalités d'adoption des différentes législations antiterroristes tend à apporter la preuve que la mise en avant de la nécessité de lutter contre le terrorisme permet assez fréquemment d'écarter des dispositions ordinairement considérées comme inhérentes à l'état de droit. Mal absolu, le terrorisme doit être combattu par tous et se dessine alors un consensus politique ayant notamment pour effet de vider de sens pratique le contrôle de constitutionnalité ou d'écarter les règles et principes ordinairement respectés.

13. Le premier point à relever réside incontestablement dans l'absence de saisine du Conseil constitutionnel par consensus entre les principales forces politiques du Parlement. Si les premières lois firent bien l'objet de saisine du juge constitutionnel²⁴, l'évolution a été dans le sens d'une absence de saisine et désormais, dès lors qu'il est question de lutte contre le terrorisme c'est bien l'absence de saisine du juge qui figure la règle tandis que l'appel au Conseil constitutionnel tend à apparaître comme l'exception. Si l'on veut bien examiner et se concentrer sur les plus récentes des lois adoptées et visant à la lutte contre le terrorisme, à savoir les lois de 2012²⁵ et 2014²⁶, on relèvera qu'elles n'ont fait l'objet d'aucune saisine visant à les soumettre au contrôle de constitutionnalité. De manière encore plus révélatrice et même si l'objectif de la lutte contre le terrorisme ne concernait qu'une faible partie de cette loi, la loi de programmation militaire²⁷ ne fera l'objet d'aucun contrôle a priori. En effet, le très controversé article 20 de cette loi autorisant l'accès administratif aux données de connexion²⁸ ne fit l'objet d'aucune contestation quant à sa constitutionnalité, alors même que cette loi fut adoptée à l'unanimité des seuls parlementaires socialistes, malgré le vote négatif des cinq autres groupes parlementaires²⁹.

14. Une telle défausse politicienne n'est pas récente et il sera possible de se souvenir que l'adoption de la loi sur la sécurité quotidienne³⁰ (LSQ), au lendemain des événements du 11 septembre 2001, se fit au nom d'une parfaite concorde parlementaire ; au prix, sur la forme, d'un détournement de procédure avéré et sur le fond de doutes sérieux quant à la constitutionnalité des dispositions adoptées. Cette loi du 15 novembre 2001 ne donna en effet lieu à aucune saisine des juges de la rue Montpensier, ayant été adoptée au motif « *d'impérieuses nécessités de sécurité publique* ». Sur la forme, les dispositions de la LSQ furent introduites par amendement gouvernemental, devant le Sénat, après réunion de la commission mixte paritaire (CMP). Or, il est de jurisprudence constante que si un amendement peut bien être déposé à tout moment, y compris après réunion de la CMP, il est conditionné par « *deux limites supplémentaires s'il y a échec [de la CMP, ce qui était le cas pour la LSQ] : l'amendement doit être en relation directe avec le texte en discussion ou doit être nécessité par la coordination avec d'autres dispositions législatives en discussion* »³¹. En ce qui concerne la LSQ la lecture du projet de loi permet de vérifier que le mot « terrorisme » n'y figure pas, la loi visant précisément la « sécurité quotidienne » des Français³². Il

²⁴ Loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986 relative à la lutte contre le terrorisme... préc. (décision n° 86-213 DC du 3 sept. 1986).

²⁵ Loi n° 2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, préc.

²⁶ Loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, préc.

²⁷ Loi n° 2013-1168 du 18 déc. 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019... (JO du 19, p. 20570).

²⁸ Art. L. 246-1 du code de la sécurité intérieure.

²⁹ Il fut impossible de réunir les 60 signatures exigés des pourtant pas moins de 251 députés ayant voté contre ce texte !

³⁰ Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne préc.

³¹ Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10 éd., Dalloz, 1999, n° 43-11, p. 761. Cette exigence résulte des décisions 98-402 DC du 25 juin 1998 (JO du 3 juil., p. 10147, § 2 à 4) et 98-403 DC du 19 juil. 1998 (JO du 31 juil., p. 11710, § 49 à 51)

³² Projet de loi n° 2938 relatif à la sécurité quotidienne, Ass. nat., 14 mars 2001. On trouve initialement dans ce projet de texte, des dispositions sur la vente d'armes au détail, la possibilité donnée aux adjoints de sécurité de relever par procès-verbal certaines contraventions au code de la route, la sécurité des cartes bancaires, la possibilité d'euthanasier un animal dangereux... Inventaire à la Prévert qui fera vite qualifier la loi de loi « fourre-tout ». A l'Assemblée, Noël Mamère dénoncera un projet de loi « *devenu un texte fourre-tout, remanié au gré des événements* », tandis que les mêmes termes seront repris à droite par M. Michel Herbillon : « *vous nous présentez un texte fourre-tout* » ; Ass. nat., Compte-rendu analytique, 1^{ère} séance du mercredi 31 oct. 2001 (www.assemblee-nationale.fr/11/cra/2001-

y eût donc violation explicite de la Constitution ; violation revendiquée par le Gouvernement lui-même, le ministre de l'Intérieur déclarant : « *j'ai conscience du caractère inhabituel d'un ajout, à ce stade de la procédure législative, même souhaité par le Gouvernement et approuvé par le Président de la République. Mais à circonstances exceptionnelles, procédure inhabituelle. Je remercie le président de la commission des lois, votre rapporteur, ainsi que les présidents des différents groupes d'avoir apporté leur appui à cette démarche* »³³. Violation soutenue par les parlementaires, qui, toutes tendances confondues, décidèrent de ne pas soumettre ce texte à la censure du juge constitutionnel³⁴. Celui-ci aurait peut-être trouvé à redire à ce texte. En effet, sur le fond, les dispositions votées n'allaient pas sans soulever d'interrogation quant à leur conformité à la Constitution car elles pouvaient sembler remettre en cause les libertés individuelles au nom de la sécurité³⁵.

15. On rappellera de la même manière que dans un domaine connexe, celui de la sécurité des aéroports, tout le mouvement de privatisation partielle de l'exécution des mesures de sécurité au sein du domaine portuaire et aéroportuaire s'est fait au nom de la lutte contre le danger terroriste³⁶ et « *sans que les parlementaires ne saisissent le Conseil Constitutionnel d'une quelconque irrégularité des lois de 1989 et 1996, au regard du principe traditionnel voulant que la puissance publique soit le dépositaire exclusif des missions de sécurité au sein du territoire* »³⁷. En outre, il est loin d'être certain qu'un contrôle du Conseil conduirait celui-ci à encadrer trop strictement des dispositions adoptées au nom de la lutte contre le terrorisme³⁸.

2002/2001103109.asp#P29_418. Le rapporteur de la loi devant le Sénat, M. Jean-Pierre Schosteck évoquait pour sa part un texte : « *qui ne contenait que des mesures partielles et décousues* », Rapport n° 353 sur le projet de loi relatif à la sécurité quotidienne, Sénat, 5 juin 2001, p. 2.

³³ Daniel Vaillant, Ass. nat., Compte-rendu analytique, 1^{ère} séance du mercredi 31 oct. 2001.

³⁴ Comme le relève, devant le Sénat, M. Jean-Pierre Schosteck, « *ces amendements étaient déposés à un stade de la procédure législative où l'adoption de dispositions nouvelles est limitée aux quelques cas énumérés par le Conseil constitutionnel. Il a néanmoins estimé que la gravité de la situation actuelle et la modification du contexte dans lequel se déroulait la discussion du projet de loi justifiait le recours à des procédés exceptionnels* », Rapport n° 7 sur le projet de loi relatif à la sécurité quotidienne, Sénat, 10 oct. 2001, p. 7.

³⁵ Surveillance accrue des populations, condition de la fouille des véhicules, alourdissement des sanctions pénales, transfert au privé de pouvoir de police administrative... Certains s'en émurent, tels le GISTI dénonçant la procédure suivie : « *Le législateur, conscient de l'incompatibilité avec la Constitution de certaines dispositions et de la procédure législative suivie, a décidé de ne pas les soumettre au contrôle du Conseil constitutionnel* » (www.gisti.org/doc/actions/2001/lsi/) ou le Syndicat de la magistrature déplorant « *qu'à la suite des attentats du 11 septembre 2001, le gouvernement et la classe politique, faisant fi de tout respect des règles constitutionnelles, se soient engagés dans un processus d'exception, qui se traduit par une extension des atteintes aux libertés individuelles, et par l'absence des traditionnels mécanismes de contrôle susceptibles d'en prévenir les dérives* », motion relative aux dispositions de la loi sur la sécurité quotidienne, 4 déc. 2001 (www.syndicat-magistrature.org/Motion-relative-aux-dispositions.html).

³⁶ Comme le notera Florence Nicoud, « *la menace terroriste grandissante au sein des enceintes des aéroports conduisit à un bouleversement de taille (...), le recours systématique à des agents privés pour participer à la sécurité aéroportuaire résultera du vote de la loi du 10 juillet 1989. Celle-ci, modifiant l'article L. 282-8 du Code de l'aviation civile, fait des agents privés des acteurs à part entière de la sécurité dans les aéroports puisqu'ils peuvent "procéder à la visite des bagages, du fret, des colis postaux, des aéronefs et des véhicules"* », « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », RDP 2006.

³⁷ F. Nicoud, *ibid.*, la saisine aurait pu se justifier notamment au regard du principe traditionnel voulant que la puissance publique soit le dépositaire exclusif des missions de sécurité au sein du territoire, cela dans la mesure où ces lois confient des missions de police à des agents privés.

³⁸ Ainsi de la récente loi n° 2015-912 du 24 juil. 2015 relative au renseignement (JO du 26, p. 12735), notamment justifiée pour prévenir la réalisation de nouvelles menées terroristes et dont la quasi-totalité des dispositions a été déclarée conforme à la Constitution, en dépit des fortes oppositions qu'elles soulevèrent : CC, décision n° 2015-713 DC, 23 juil. 2015, *Loi sur le renseignement* (JO du 26, p. 12751). Ce constat n'est d'ailleurs pas limité à la France, v. not. de Karine Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, 2012. Mme Roudier de relever, « *l'évidence des motifs et la légitimité que le législateur tire de son action contre le terrorisme emportent, ainsi, la conviction des juges constitutionnels, qui valident les dispositions limitatives des droits fondamentaux. Le cadre du contrôle des juges constitutionnels imposé par le fait de terrorisme laisse effectivement transparaître leur impossibilité à remettre en question les aménagements des droits fondamentaux justifiés par les caractéristiques du terrorisme et l'urgence qu'il crée dans les ordonnancements* », p. 250.

16. Au regard de l'ensemble de ces éléments on peut bien considérer que l'invocation de la lutte contre le terrorisme constitue le sésame permettant d'écarter les garanties constitutionnelles bornant ordinairement la procédure législative. Si de telles évolutions sont discernables dans l'ensemble des démocraties occidentales, elles ne sont pas pour autant rassurantes. En effet, si dans le cas de la France la réalité des atteintes aux droits fondamentaux résultant de ces législations peut être discutée, la situation d'autres démocraties occidentales ne manque pas de soulever d'importantes interrogations. En effet, l'essor vérifié de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme ne va pas sans que l'on n'y vérifie d'importantes lacunes.

II. Les limites de l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme

17. Les limites qu'il s'agit d'envisager ici ne sont en aucun cas à envisager en terme d'efficacité technique de cet encadrement ; bien fou d'ailleurs qui pourrait croire que l'on puisse à tout jamais circonscrire et prévenir la réalisation d'un risque³⁹, tant il est vrai que le terroriste disposera toujours d'un temps d'avance sur ceux qui visent à le contrer⁴⁰. Par limites, il convient plus sûrement de se pencher sur les limites morales et juridiques que révèle l'encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme. Si celles-ci n'ont sans doute pas été franchies en France, l'examen des différentes législations produites par les démocraties occidentales témoigne de ce que trop souvent et à l'instar de ceux qu'elles prétendent combattre, la fin semble pour elles justifier les moyens engagés dans la lutte contre le terrorisme. En effet, sévèrement visés par des actions terroristes, Israël d'abord, les Etats-Unis d'Amérique ensuite, ont développé une législation radicale de la lutte contre le terrorisme. Par ailleurs, l'importance de l'état de droit et la place éminente du Juge dans ces Etats ont conduit à ce que leurs juridictions suprêmes se voient saisies de ces questions. Il en ressort que si la lutte contre le terrorisme paraît parfois justifier des lois d'exception toujours plus radicales (A) ; position qui mérite à nos yeux de se voir contestée (B)

A) Le terrorisme, justification des lois d'exception

18. La violence terroriste s'attache et s'en prend le plus souvent aux symboles. Nulle surprise alors à ce que les Etats-Unis ou Israël soient régulièrement touchés par le terrorisme ; aussi ces Etats se sont-ils attachés à construire une législation visant à les prémunir du danger terroriste. Sur les bords du Jourdain comme du Potomac, des législations d'exception ont ainsi validé des pratiques ordinairement inconnues des démocraties occidentales ; le législateur, au nom de l'absolue nécessité de la lutte contre le terrorisme, y reconnut ainsi la légalité non seulement du recours à la détention arbitraire, mais encore celle de l'usage de la torture ou des assassinats. Ces législations radicales de la lutte contre le terrorisme méritent l'attention tant elles révèlent comment l'exigence de lutter contre le terrorisme conduit à justifier des lois toujours plus répressives, au motif que l'idéal recherché (la lutte contre les pratiques ignobles du terrorisme) valide toutes les pratiques y compris les moins ordinaires, car la fin justifie les moyens. Il s'agit donc d'envisager la justification juridique de ces pratiques, qu'il s'agisse de torture, de détention arbitraire ou même du recours aux exécutions extra-judiciaires.

19. Se considérant comme en guerre⁴¹, les Etats-Unis se sont attachés à développer un statut *sui generis* s'attachant à ceux qu'ils saisissaient dans le cadre de leurs opérations de combat et leur

³⁹ Il en est d'ailleurs sous cet angle du risque ou du danger terroriste, comme de tout autre risque.

⁴⁰ Il est une leçon certaine de la tactique militaire, celle qui veut que dans la lutte entre le glaive et le bouclier, la victoire aille à celui qui porte les coups ; la meilleure défense... Restant l'attaque.

⁴¹ Sur ce point, v. Diane-Marie Amann, « Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme », *RSC*, 2002, pp. 745-764 ; Ghislain Benhessa, « La guerre contre le terrorisme : John Yoo, architecte juridique de l'Administration Bush », *RISÉO*, 2015-2, et spéc. n° 6 à 12. Sur les conséquences de cette approche, v. encore Christiane Wilke, « War v. Justice : Terrorism Cases, Enemy Combatants, and Political Justice in U.S. Courts », *Politics & Society*, 2005, vol. 33, pp. 637-669.

permettant d’user à leur encontre de tous les moyens techniques, tout en cherchant à éviter le contrôle du juge. La création du statut de « *combattants illégaux* » devait ainsi permettre d’écarter l’application du droit de la guerre, tandis que leur incarcération à Guantanamo -en dehors du territoire des Etats-Unis d’Amérique-, visait à écarter l’intervention des juridictions américaines. La création de ce statut *ad hoc*, s’appuyant sur d’anciennes jurisprudences de la Cour suprême, visait bien à écarter tout contrôle *ratione materiae*⁴² et *ratione loci*⁴³ de l’action des services de renseignement américains dans leur lutte contre le terrorisme. La mise à l’écart des règles ordinaires de la procédure américaine par le choix d’un territoire hors de la juridiction des tribunaux américains devait permettre de recourir à des pratiques généralement refusées ; incontestablement, cette argumentation « *atteste de la volonté de l’administration américaine de défendre une position dans laquelle la torture n’est pas niée mais couverte juridiquement* »⁴⁴. Un décret présidentiel de George W. Bush autorisa ainsi la détention sans limite et sans chef d’accusation, sur un territoire ne relevant pas (théoriquement) de la législation américaine, de tous les combattants illégaux capturés.

20. Au-delà du cadre juridique développé, plusieurs démocraties se sont attachées à justifier et encadrer le recours à la torture, de manière à obtenir des renseignements susceptibles d’éviter la réalisation de nouveaux attentats terroristes. Les pratiques réalisées à Guantanamo s’inscrivent dans un cadre visant à permettre la torture et si le terme n’est pas explicitement utilisé ni revendiqué par l’administration américaine, il est euphémisé par l’utilisation du vocable de *coercive interrogations*⁴⁵, supposés seuls capables d’obtenir des informations de la plus haute importance. L’autorisation du recours à la torture est justifié au nom de l’objectif « sauver des vies » ; « protéger des innocents » justifierait alors d’obtenir coûte que coûte les renseignements ou informations recherchés. C’est ainsi que la Cour suprême d’Israël a pu justifier l’usage de « *pressions physiques modérées* » sur des prisonniers convaincus de terrorisme. La Commission Landau⁴⁶ justifia ces pratiques dès le milieu des années 1980 ; pratiques qui ne se virent pas ensuite prohibées de manière absolue. Dans un arrêt de 1999 la Cour suprême se borna simplement à demander à ce qu’une loi vienne autoriser - et encadrer - ces « *pressions physiques modérées* », sans les rendre interdites par principe ; la Cour à l’encontre de ceux lui demandant l’interdiction de la torture, se borne à déclarer « nous ne prenons aucune position sur cette question en ce moment »⁴⁷. Outre la torture au sens strict, cette même logique valide la pratique des exécutions extra-judiciaires qualifiées d’assassinats

⁴² « *Combattant illégal* », l’étranger détenu ne saurait bénéficier de l’application du droit de la guerre ; v. Cour suprême, 31 juil. 1942, *Ex parte Quirin*, 317 US 1, 63 (1942). Dans cette affaire, le statut de prisonniers de guerre avait été refusé pour des saboteurs allemands opérants aux Etats-Unis, en tenue civile.

⁴³ La Cour suprême avait en effet affirmé l’incompétence des tribunaux américains pour connaître de griefs soulevés par des étrangers détenus en dehors du territoire de l’Union ; Cour suprême, 5 juin 1950, *Johnson v. Eisentrager*, 339 US 763 (1950). Dans cette affaire, il s’agissait de militaires allemands prisonniers et détenus par l’armée américaine dans des prisons allemandes.

⁴⁴ Carolina Cerda-Guzman, « La lutte contre le terrorisme en droit constitutionnel étranger : vers un nouvel équilibre entre sécurité et libertés ? », *RDLF*, 2015, chron. n° 14, www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/la-lutte-contre-le-terrorisme-en-droit-constitutionnel-etranger-vers-un-nouvel-equilibre-entre-securite-et-libertes/.

⁴⁵ C’est ainsi que ces interrogatoires sont désignés dans la traduction française du rapport de la commission sénatoriale sur les méthodes de détention et d’interrogatoire de la CIA ; v. Diane Feinstein, *La CIA et la Torture. Rapport de la commission sénatoriale américaine sur les méthodes de détention et d’interrogatoire de la CIA*, Les Arènes, Paris, 2015.

⁴⁶ Cette commission de trois personnes fut instituée en 1987 par le gouvernement israélien et dirigée par le Juge Moshé Landau, ancien Président de la Cour suprême. La Commission Landau remit son rapport le 30 oct. 1987 et celui-ci fut approuvé par le cabinet le 8 novembre ; *Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, *Israel Law Review*, 1989, pp. 146-188 (Commission d’enquête sur les méthodes d’enquête du Service de sécurité générale à propos des activités terroristes hostiles). Dans ce rapport était expressément validé l’usage de la torture : « *Les moyens de pression devraient principalement prendre la forme de pressions psychologiques non violentes exercées lors d’un interrogatoire vigoureux et exhaustif, à l’aide de stratagèmes, y compris de tromperies. Toutefois, lorsque ces moyens n’atteignent pas leur but, des pressions physiques modérées ne peuvent être évitées* ». V. not. Serge Portelli, *Pourquoi La Torture ?*, Vrin, 2011, pp. 174-175.

⁴⁷ Cour suprême d’Israël, 15 juil. 1999, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 5100/94, § 39.

ciblés ou d'éliminations ciblées⁴⁸ ; que ce soit dans la pratique d'Israël ou celle des Etats-Unis, il s'agit tout à la fois de mesures de guerre⁴⁹ mais qui s'apparentent techniquement à une procédure d'assassinat individuel⁵⁰.

21. Cependant, loin de n'en rester qu'à cette situation validant le recours à la torture ou aux détentions arbitraires, ces mêmes Etats ont connu une contestation de ces solutions validées par les gouvernants ; en particulier, l'importance de l'état de droit et la place éminente de la figure du Juge dans ces Etats a conduit à ce que leurs juridictions suprêmes soient saisies de ces questions. Elles ont su construire une réponse mesurée mais témoignant de ce que la fin ne saurait justifier les moyens.

B) La faute morale, prix des lois d'exception

22. L'extension continue de ces législations d'exception justifiées par la nécessité de lutter contre le terrorisme s'est tout de même vue mise en cause et l'idée que contre le terrorisme tout soit autorisé se voit contestée. Le juge a pris une place de choix dans ce mouvement et il a été constaté que « *le juge, et plus particulièrement le juge constitutionnel, s'est rapidement présenté comme le principal rempart démocratique à la lutte contre le terrorisme. (...) la jurisprudence des différentes juridictions constitutionnelles atteste d'une volonté de sanctionner les excès des mesures anti-terroristes* »⁵¹. Pour louable qu'elle soit cette réaffirmation de la compétence du juge doit être dépassée par une prise de conscience exigeant que la morale soit guide de la légitimité de nos actions.

23. La réaffirmation de sa compétence par le juge a été très nette aux Etats-Unis et on a pu y voir que la Cour suprême s'est attachée à reconquérir pied à pied la possibilité de se prononcer sur les actions réalisées par le Gouvernement afin de lutter contre le terrorisme. En particulier, la volonté du Gouvernement d'écarter, *rationae materiae* et *ratione loci*, la possibilité que le Juge se prononce sur les traitements apportés n'a pas tenu devant la ténacité de la Cour suprême et sa volonté de se prononcer sur les actions en cause. La première jurisprudence significative intervint en 2004 lorsque la Cour suprême se reconnut la compétence pour juger de la légalité de la détention personnes internées à Guantánamo⁵². Par la suite, c'est la volonté gouvernementale de soustraire les prisonniers détenus du droit de la guerre, par l'attribution du statut *ad hoc* de « combattant illégal » qui fut sanctionnée. La Cour jugea que le gouvernement ne pouvait écarter l'application du droit de la guerre et des Conventions de Genève pour faire juger ces « combattants illégaux » par des commissions militaires⁵³ ; cela en dépit même de la dangerosité éventuelle alléguée du combattant

⁴⁸ En anglais, *targeted killings*.

⁴⁹ Spécialement dans le cas des Etats-Unis avec l'usage systématique des drones de combat.

⁵⁰ Et bien évidemment susceptible des dommages collatéraux innocents. V. Cour suprême d'Israël, 11 déc. 2005, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02 ; affaire dite aussi *Targeted Killings case*. Dans son arrêt, la Cour relève not. : « *The result of that examination is not that such strikes are always permissible or that they are always forbidden* », § 60. Et par conséquent : « *les assassinats ciblés ne peuvent, en tant que tels, être considérés comme illégaux* », comme l'a relevé Samia Chouchane, « La judiciarisation de l'éthique militaire en Israël - Éléments pour une analyse politique du rôle de la Cour Suprême dans le conflit israélo-palestinien », *Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem*, 2009-20, § 24.

⁵¹ C. Cerda-Guzman, « La lutte contre le terrorisme en droit constitutionnel étranger... », *op. cit.* ; l'auteur nuance ensuite son propos et relève : « *cette volonté n'est pas sans faille : les censures sont rares et, lorsqu'elles existent, elles sont parfois très circonscrites* ».

⁵² Cour suprême des Etats-Unis, 28 juin 2004, *Rasul v. Bush*, 542 US 466 ; n° 03/334. Pour autant, le législateur intervint pour contrer cette décision et le Congrès adopta, le 30 déc. 2005, le *Detainee Treatment Act*, visant à interdire à tout tribunal américain d'entendre un bref d'*habeas corpus* émanant d'un étranger détenu à Guantánamo.

⁵³ Cour suprême des Etats-Unis, 29 juin 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 ; n° 05/184 ; v. Jérôme Marty, « A propos de la décision *Hamdan v. Rumsfeld* », <http://m2bde.u-paris10.fr/content/propos-de-la-d%C3%A9cision-hamdan-v-rumsfeld-cour-supreme-des-etats-unis-29-juin-2006-par-j%C3%A9r%C3%B4me-marty-destination=node%2F2059>. Là encore, le Congrès répliqua par l'adoption, le 17 oct. 2006, du *Military Commission Act* ; texte permettant à des tribunaux militaires spécialement créés à cet effet, de juger les détenus de Guantanamo. Ce dernier texte fut d'ailleurs

détenu⁵⁴. Le combat judiciaire n'a pas cessé et c'est ensuite en 2008, par sa décision *Boumediene v. Bush*, que la Cour suprême reconnut aux détenus de Guantanamo le bénéfice de l'*habeas corpus*⁵⁵. Par ce que l'on peut qualifier de véritable guérilla procédurale « *la Cour suprême a ainsi pu rappeler l'importance de l'habeas corpus dans le droit constitutionnel américain mais aussi la nécessité pour un Etat démocratique de placer le contrôle des mesures restrictives de liberté dans les mains du juge* »⁵⁶. Pour autant, la manière dont les gouvernants (exécutif et législatif d'un même pas) se sont efforcés de contrer les effets de ces jurisprudences et de les contourner laisse à penser que la solution ne peut seulement résider dans l'intervention du juge.

24. En effet, les lois votées, les actes qu'elles autorisent, soulèvent la question de leur moralité intrinsèque et conduisent à envisager la question de leur légitimité. La Cour suprême israélienne a clairement résumé les enjeux moraux auxquels sont confrontées nos sociétés lorsqu'elle souligna « *this is the destiny of a democracy -it does not see all means as acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it. A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back* »⁵⁷. Se battre avec une main attachée dans le dos reflète clairement l'idée que l'ensemble des moyens ne sont pas acceptables pour lutter contre le terrorisme. *Nihil nove sub sole*, cette jurisprudence ne fait que reprendre les règles et principes les plus éminents et immémoriaux de la philosophie morale ; tandis que Saint Paul disait aux Romains à l'aurore de l'Empire « *ceux-là sont coupables, qui veulent faire le mal pour qu'il en arrive un bien* »⁵⁸, Saint Thomas d'Aquin relevait la même règle d'action, il y a plus de huit siècles, « *c'est pourquoi aucune action mauvaise, faite avec une bonne intention, ne peut se justifier* »⁵⁹. Même si la volonté de contrer la barbarie terroriste se comprend et paraît devoir justifier les réponses les plus radicales qui soient, il nous est absolument moralement interdit d'utiliser les armes de ceux qui combattent les valeurs du système occidental, au risque pour celui-ci de se renier.

25. S'il est grave d'utiliser de telles méthodes, il nous paraît encore plus grave de justifier le recours à ces armes, c'est-à-dire précisément ce que nous tendons à faire ; soit de manière explicite comme aux Etats-Unis, soit de manière plus diffuse comme en France (et en Europe) par la

par la suite déclaré partiellement contraire à la Constitution des Etats-Unis ; Cour suprême des Etats-Unis, 12 juin 2008, *Al Odah v. United States*, 553 U.S. 557 ; n° 06/1196.

⁵⁴ Cour suprême des Etats-Unis, 29 juin 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, préc. « *Even assuming that Hamden is a dangerous individual who would cause great harm or death to innocent civilians given the opportunity, the Executive nevertheless must comply with the prevailing rule of law in undertaking to try him and subject him to criminal punishment* » ; même en supposant que Hamden soit un individu dangereux qui causerait beaucoup de tort ou de mort pour des civils innocents s'il lui en était donné l'occasion, l'exécutif doit néanmoins se conformer à la règle de droit qui prévaut pour le juger et le soumettre à une sanction pénale (traduction par nos soins).

⁵⁵ Cour suprême des Etats-Unis, 12 juin 2008, *Boumediene v. Bush*, 553 US 723 ; n° 06/1195. « *Petitioners have the constitutional privilege of habeas corpus. They are not barred from seeking the writ or invoking the Suspension Clause's protections because they have been designated as enemy combatants or because of their presence at Guantanamo* » ; les requérants bénéficient du privilège constitutionnel d'*habeas corpus*. Ils ne sont pas exclus de sa recherche par l'invocation de la clause de suspension de protection parce qu'ils ont été désignés comme des combattants ennemis ou du fait de leur présence à Guantanamo (traduction par nos soins).

⁵⁶ C. Cerda-Guzman, « La lutte contre le terrorisme en droit constitutionnel étranger... », *op. cit.*

⁵⁷ 15 juil. 1999, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, préc. § 39 ; c'est le destin d'une démocratie de ne pas considérer tous les moyens comme acceptables et les moyens de ses ennemis ne lui sont pas toujours ouverts Une démocratie doit parfois se battre avec une main attachée derrière le dos. (traduction par nos soins).

⁵⁸ Saint Paul, *Rom.* III, 8.

⁵⁹ Saint Thomas d'Aquin, *Tractatus de duobus praeceptis charitatis et decem legis praeceptis* (Explication des deux préceptes de la charité et des dix commandements de la loi), Traduction par un moine de Fontgombault, Nouvelles Editions Latines, 1970, §41. V. spéc. *De decem praeceptis, a. 1 tit. 1 De dilectione Dei* « *Unde nullum malum bona intentione factum excusatur* » <http://docteurangelique.free.fr/bibliotheque/sermons/04lesdeuxpreceptescharite.htm>. Le *Catéchisme de l'Eglise catholique* de préciser, « *il est donc erroné de juger de la moralité des actes humains en ne considérant que l'intention qui les inspire, ou les circonstances (milieu, pression sociale, contrainte ou nécessité d'agir, etc.) qui en sont le cadre. Il y a des actes qui par eux-mêmes et en eux-mêmes, indépendamment des circonstances et des intentions, sont toujours gravement illicites en raison de leur objet (...). Il n'est pas permis de faire le mal pour qu'il en résulte un bien* », Mame/Plon, 1992, § 1756.

multiplication des lois d'exception. Par ailleurs, s'il est possible de concevoir que, spécialement dans le feu de l'action et dans l'urgence, des agents des forces de sécurité (qu'elles soient civiles ou militaires) aient recours à de telles méthodes⁶⁰, cela ne saurait avoir pour effet de justifier l'existence d'un système pérenne de recours à des méthodes de torture moralement inacceptables.

26. La voie est donc étroite qu'il convient de suivre, mais elle est éthiquement et moralement absolument nécessaire, car, comme le relève Noam Chomsky, « *si l'on adopte le principe de l'universalité : si ce que fait autrui est mal (ou bien), c'est également mal (ou bien) lorsque c'est nous qui agissons. Ceux qui ne se plient pas à cette exigence morale minimale - qui consiste à appliquer pour soi-même les principes que l'on applique aux autres, voire plus rigoureusement encore - ne méritent décidément pas d'être pris au sérieux lorsqu'ils parlent du caractère approprié de la réponse au terrorisme, ou même de ce qui est juste ou injuste, voire du Bien et du Mal* »⁶¹. Un guide d'action pourrait alors résider sur la distinction *ex ante* / *post factum*. S'il n'est pas admissible que de tels usages puissent se voir justifiés, *ex ante*, par une législation positive leur donnant un cadre d'habilitation, il reste envisageable que ces usages puissent se voir absous, *post factum*, par le juge, au regard des circonstances les ayant occasionnés. D'aucuns trouveront la distinction byzantine et quelque peu jésuitique, elle présente l'avantage d'être moralement soutenable.

⁶⁰ La possibilité d'une telle situation s'est vue précisément reconnue ; cela concerne le paradigme dit de « la bombe à retardement » ou *ticking time bomb scenario*. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un événement terroriste serait imminent et que les services chargés de la sécurité aient entre leurs mains une personne dont elles savent avec certitude qu'elle connaît le lieu et l'heure de l'attentat prévu ; dans une telle hypothèse de « la bombe à retardement », il deviendrait alors licite de recourir à l'usage de moyens de pressions physiques pour obtenir le renseignement. Sur cette question, v. Cour suprême d'Israël 15 juil. 1999, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 5100/94, spec. § 33; la Cour y note que pour l'Etat, dans une telle hypothèse : « *the state answers in the affirmative. The use of physical means should not constitute a criminal offence, and their use should be sanctioned, according to the state, by the "necessity" defense* » (dans ce cas, la réponse de l'Etat est que le recours à des moyens de contrainte physique ne constitue pas une infraction pénale et que leur usage ne pourrait être poursuivi que par référence à l'état de légitime défense ; traduction par nos soins). Sur cette question, v. aussi, Michel Terestchenko, *Du bon usage de la torture, ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, La Découverte, 2008, spéc. ch. 4.

⁶¹ Noam Chomsky, « Le terrorisme et la réponse appropriée », juillet 2002, www.chomsky.fr/articles/20020702.html.