

Le terroriste est-il une personne ?
Droit romain, droit naturel, droit positif, droit pénal de l'ennemi

Laurent REVERSO

Professeur d'Histoire du droit, Université de Toulon
Centre de Droit et de Politique Comparés - UMR-CNRS 7318 DICE

Résumé : *Le développement du droit de l'exception qu'est le droit applicable aux terroristes, en rompant avec la tradition personnaliste romaniste, devient fondamentalement inhumain en ce sens que cette législation aboutit à nier la qualité même de personne, d'être humain, à une catégorie de la population. C'est pourquoi on peut se demander si le terroriste est toujours une personne dotée comme toute personne de droits fondamentaux. Pour répondre à cette question, il faut (re)définir ce qu'est une personne dans la tradition romaniste continentale. Dans cette tradition juridique qui est celle du droit romain et du Code civil de 1804, il y a une équivalence entre homo et persona, ce qui interdit les manipulations conceptuelles des droits contemporains et la privation de certaines personnes de leurs droits. Il faut aussi, au-delà des apparences médiatiques et des fausses évidences politiques définir ce qu'est le terrorisme, ce qui n'est pas le cas des textes juridiques français. Il s'agit de montrer que le terrorisme n'existe pas, mais qu'il y a des formes différentes de terrorisme. En outre, on doit aussi constater l'instrumentalisation de la notion de terrorisme par les Etats dits démocratiques.*

Cette instrumentalisation a pour conséquence une régression juridique qui s'incarne dans une innovation juridique extrêmement problématique comme le « droit pénal de l'ennemi ». Ce questionnement permet de reprendre la problématique de la souveraineté notamment dans sa version absolutisée et radicalement sécularisée de l'époque contemporaine. Ainsi, la lutte contre le terrorisme ne doit pas entraîner la production d'une nouvelle législation, qui serait surabondante et inutile. Les lois d'exception sont encore plus dangereuses que cet ennemi en grande partie fantasmatique qu'est « le » terrorisme. De plus, il semble inadapté de combattre un phénomène de nature totalitaire par des méthodes elles-mêmes totalitaires.

I. Définition de la notion juridique de personne

- A. Droit romain jusnaturaliste : *persona, id est homo*
- B. Maintien de la tradition juridique romaniste (Révolution et Code civil)
- C. Difficultés posées par les droits positifs modernes

II. Ambiguïtés de la notion de terrorisme

- A. Pluralité de la notion de terrorisme dans les textes juridiques
- B. Inexistence « du » terrorisme, réalité *des* terrorismes
- C. Instrumentalisation de la notion de terrorisme

III. Régressions juridiques impliquées par le développement de la notion de terroriste

- A. Droit pénal de l'ennemi
- B. Souveraineté
- C. Caractères anti juridique et inhumain du droit de l'exception généralisée

1. Le constat duquel on partira est celui du durcissement de la législation anti-terroriste depuis les années 1980, en particulier la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, prise à l'initiative de Charles Pasqua. Ce même personnage dont une des dernières déclarations a consisté à affirmer qu'il fallait envoyer au bagne les djihadistes français¹.

¹www.lepoint.fr/politique/charles-pasqua-veut-envoyer-les-djihadistes-au-bagne-09-03-2015-1911333_20.php

Manifestement, les droits fondamentaux ne sont pas au cœur de la réflexion de ceux qui, en France, légifèrent sur le terrorisme.

2. Par ailleurs, force est de constater que les dispositions législatives ou réglementaires sensées être destinées à lutter contre le terrorisme ont parfois pour seul effet d'exercer une contrainte sur les citoyens honnêtes. On en veut pour preuve le décret n°2015-741 du 24 juin 2015 fixant à un maximum de 1000 € le montant maximum des paiements en espèces². Il aura échappé à de nombreux observateurs que ceux qui ont la volonté d'acheter des armes illégalement aient subitement peur de payer en espèces... Cette disposition, sensée empêcher les transactions illégales et le financement du terrorisme n'aura aucun effet sur la cible désignée, mais entraînera un contrôle bancaire de la population comme seuls les cauchemars totalitaires en connaissent puisque si toutes les transactions se font sans espèces, le banquier peut tout savoir d'une personne ; naturellement, si le banquier peut tout savoir d'une personne, la police aussi car il n'aura échappé à personne que les établissements bancaires ne sont pas précisément connus pour être d'ardents défenseurs des libertés individuelles. Si les espèces disparaissent, la liberté de disposer de son argent disparaît aussi. Le résultat est donc de porter atteinte, pour les citoyens honnêtes seulement, à la liberté de disposition des biens. Il faut dire qu'entre temps, l'exemple de la Grèce en a certainement fait réfléchir certains : si les honnêtes citoyens s'avisait de retirer leurs avoirs des banques qui les volent depuis des décennies...

3. Les actions terroristes indiffèrent globalement la grande majorité de la population qui n'habite ni Paris, ni Londres, ni Madrid ni New-York. Les chances d'être victime d'un attentat sont infimes ; pas pires que celles d'avoir un accident de voiture, comme il en est de la quasi-totalité des Français. Par contre, la perte de liberté induite par l'excuse du terrorisme touche directement, et de façon certaine, la quasi-totalité des Français. Or il se trouve que n'importe quel individu rationnel préfère un inconvénient (très) incertain à un inconvénient certain même moindre. La question quelque peu provocatrice qui donne le titre de cette étude semble donc justifiée, tant le constant durcissement en question va d'ailleurs de pair avec une tout aussi constante inefficacité, ce qui paraît peu à peu aboutir à priver de ses droits fondamentaux une catégorie, certes peu recommandable, de personnes et surtout, aboutit parallèlement à mettre à mal les libertés de tous les citoyens.

4. Dès lors que cette législation est de plus en plus répressive et contraire aux droits fondamentaux, et touche surtout des personnes qui sont totalement étrangères au terrorisme notamment par la généralisation des procédures de surveillance informatique, téléphonique ou par la télésurveillance, on est en droit de se poser la question de savoir si le terrorisme n'est pas une excuse maniée par les gouvernants pour assujettir l'ensemble de la population à un contrôle de type autoritaire. Généralisation de la surveillance d'ailleurs globalement inefficace dans sa généralité même et de plus en plus arbitraire puisque échappant au contrôle judiciaire dans la loi relative au renseignement présentée en conseil des ministres le 19 mars dernier et promulgué le 24 juillet malgré de très nombreuses oppositions et une censure partielle du Conseil constitutionnel³.

5. Le fait même de confier à une Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), juridiquement une autorité administrative indépendante, le contrôle du renseignement et d'en déposséder donc la justice ordinaire, est en soi extrêmement préoccupant. Ce qui l'est encore davantage, c'est de préciser que « *en cas d'urgence absolue* », l'autorisation de procéder au renseignement pourra être donnée sans même consulter cette commission, qui se verra informée *a posteriori*. Le fait que le Premier ministre doive justifier ensuite auprès de cette

² Le montant était, de façon raisonnable, auparavant fixé à 3000 €. Il s'agit de l'art. D 112-3 du code monétaire et financier. Cette disposition a bien entendu été adoptée dans la continuité de l'émotion suscitée par les attentats qui ont endeuillé la France en janvier 2015 ; moralité : les terroristes ont gagné le combat, qu'ils mènent aux côtés de l'État, contre les libertés du peuple français.

³www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2015-03-19/renseignement

commission des éléments constituant cette « urgence absolue » n'y change rien⁴. Quant à l'urgence absolue en matière terroriste, il s'agit d'un pléonasme.

6. Le fait de mettre en place un droit de recours devant le Conseil d'Etat, qui sera ouvert à « toute personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard »⁵ et le fait que le Conseil d'Etat puisse être saisi par la CNCTR lorsqu'elle estimera qu'une autorisation a été accordée irrégulièrement ne constitue en aucun cas une garantie juridictionnelle sérieuse, quand on connaît la formidable indépendance du Conseil d'Etat par rapport à quelque gouvernement que ce soit, lorsque, précisément, des affaires d'Etat sont en jeu...⁶ On prendra un seul exemple : pendant les émeutes d'octobre-novembre 2005 l'état d'urgence décrété par le gouvernement et contesté par un justiciable, a donné lieu à un arrêt plutôt inquiétant du Conseil d'Etat ne reconnaissant par l'intérêt à agir pour une personne ne résidant pas dans la zone géographique d'application des mesures contestées, préférant donc se fonder sur un motif futile plutôt que d'examiner le fond de l'affaire⁷. En d'autres termes, jamais le Conseil d'Etat ne prononcera un arrêt condamnant un gouvernement en place faisant procéder à des surveillances prévues dans le cadre de cette loi, d'autant plus que le CNCTR comprendra lui-même deux membres du Conseil d'Etat⁸.

7. L'hypothèse que l'on voudrait défendre est que le développement du droit de l'exception qu'est le droit applicable aux terroristes débouche sur la mise en place d'un système juridique qui, en rompant avec la tradition personnaliste romaniste, devient fondamentalement inhumain et anti juridique. En d'autres termes, cette législation aboutit à nier la qualité même de personne, d'être humain, à une catégorie de la population.

8. Pour cela, encore faut-il savoir ce qu'est une personne (I). Il faut également dessiner les contours de ce qu'est le terrorisme (II.). On en conclura à l'inefficacité et à la dangerosité de cette législation pour lutter contre le terrorisme, véritable régression juridique (III.).

I. Définition de la notion juridique de personne

A) Droit romain jusnaturaliste : *persona, id est homo*

9. Sur le plan logique il est nécessaire de mettre en lumière la relation entre *homo* et *persona* tant il est vrai qu'existe une relation étroite entre la conception que l'on a de l'être humain et de ses relations avec le droit, et la conception que l'on a des droits fondamentaux⁹.

10. Nombre de juristes actuels distinguent personne humaine et personne juridique, sous l'influence probable de l'intégration, même inconsciente des présupposés du positivisme juridique à travers l'adoption de la notion abstraite de « personnalité juridique »¹⁰ ou de capacité juridique¹¹.

⁴ Art. L. 821-5 du code de la sécurité intérieure (CSI).

⁵ Art. L. 841-1 1° CSI.

⁶ Chacun aura reconnu la fameuse théorie des « actes de gouvernement » qui, depuis son invention en 1875 lors de la fameuse affaire *Prince Napoléon*, a certainement pris des déguisements plus discrets, mais non moins efficaces : aujourd'hui, le Conseil d'Etat ne refuse plus le contrôle contentieux à partir du critère politique de la décision gouvernementale, il appuie le gouvernement quel qu'il soit dans son action politique. Sur la permanence de ces actes au sens strict, Elise Carpentier, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA*, 2015, pp.799-805.

⁷ CE, 14 nov. 2005, n°286837 ; Philippe Chrestia, « Rejet de la demande de suspension de l'état d'urgence », *AJDA*, 2006, pp.501-505.

⁸ Art. L. 831-1 CSI. Les autres membres étant deux députés et deux sénateurs, deux magistrats nommés par le président et le procureur général de la Cour de cassation et « une personnalité qualifiée pour sa connaissance en matière de communications électroniques ».

⁹ A ce sujet, v. Xavier Martin, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des Lumières au Code Napoléon*, DMM, 1994 ; *L'homme des droits de l'homme et sa compagne (1750-1850). Sur le quotient intellectuel et affectif du « bon sauvage »*, DMM, 2001.

¹⁰ Guillaume Beaussonie, « Les bornes de la personnalité juridique en droit pénal », *Droit de la famille*, 9-2012, dossier 5,

Tout cela résulte du passage dans la doctrine française (et italienne) d'une invention de la science juridique allemande du XIX^e siècle, sous l'influence de l'idéalisme hégélien¹². Le droit romain, dont le cadre général de pensée est jusnaturaliste¹³, inscrit la définition de la notion de personne dans un cadre général qui est tracé au début du titre V du livre I du Digeste. Ce texte de Gaius (D.1, 5, 3) placé donc de façon stratégique au début du Digeste, et qui a donc de ce seul fait une valeur éminemment systématique, indique que « *la principale division du droit des personnes consiste en ce que tous les hommes sont soit libres, soit esclaves* »¹⁴.

11. Le Titre V dans lequel est inséré le fragment de Gaius s'intitule *de statu hominum*. Cela suffit à écarter l'hypothèse selon laquelle le droit s'appliquerait seulement à la personne et non à l'homme. A vrai dire, on peut sans doute aller plus loin et considérer que pour les juristes romains, du point de vue des principes il existe une identité entre *homo* et *persona*. A cet égard, le fragment cité est parfaitement clair : « *la principale division du droit des personnes consiste en ce que tous les hommes sont soit libres, soit esclaves* ». Difficile de nier, semble-t-il, que ce passage ne soit par révélateur d'une équivalence parfaite entre les deux termes. Difficile également de nier la portée systématique de ce passage dans la mesure où les fragments précédents et suivants sont dotés d'une portée systématique évidente¹⁵. Le juriste est, au début du Titre V du Livre I du Digeste, au point cardinal des concepts fondamentaux du droit romain. L'équivalence *homo-persona* en fait partie. De plus, la notion de personne est au cœur de toute la systématique juridique du droit romain par le simple fait

explique donc à raison que « la personnalité juridique est une théorie. Nulle part on ne trouve sa définition ».

¹¹ Par ex. Aude Mirkovic, « Le droit constate-t-il ou génère-t-il l'existence de la personne physique ? », *Droit de la famille*, 2012, n° 9, dossier 6 : « *Le mot personne désigne à la fois la personne humaine, l'être humain, l'être de chair et d'os, et la personne juridique, c'est-à-dire l'être investi de la personnalité juridique, qualité juridique attribuée par le droit aux individus, ou aux groupes d'individus, et qui leur donne la capacité juridique. Il y a donc deux ordres de personnalité, ce qui exige de préciser à quel ordre correspond la catégorie juridique des personnes* » ; Carole Petit, « La notion de personne au sens juridique », *Droit de la famille*, 2012, n° 9, dossier 3 : « *si la personne est une notion inhérente au droit, elle n'est pas véritablement définie par lui. Aucun code ne précise le sens de la notion. En outre, si la personnalité juridique est assez bien cernée par les dictionnaires juridiques, et appréhendée comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, la notion de personne l'est quant à elle beaucoup moins et lorsqu'un effort est fait pour l'aborder, elle est couramment définie par ses conséquences plus que par sa qualification propre* ».

¹² Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, T. 2, Firmin Didot Frères, Paris, 1841, pp.2-3 & 12-13 : « *A la vérité, le droit positif, (...) peut modifier doublement l'idée primitive de personne, la restreindre ou l'étendre. Il peut, en effet, refuser à certains individus la capacité du droit en totalité ou en partie ; il peut, en outre, transporter la capacité du droit hors de l'individu, et créer artificiellement une personne juridique. (...) La capacité naturelle commence au moment de la naissance, c'est-à-dire au moment où une créature humaine est complètement séparée de sa mère (...). Si donc, posant la question d'une manière générale, l'on demande quelle est la capacité de l'enfant avant sa naissance, la solution n'est pas douteuse. L'enfant n'a aucune capacité, car il ne peut avoir ni propriété, ni créances, ni dettes ; ce n'est pas une personne dont la représentation soit nécessaire ou possible* ».

¹³ Le fait que dès le début du Digeste (D. 1, 1, 1, 3) le droit naturel soit, avec le droit des gens et le droit civil, placé parmi les sources du droit privé est assez révélateur de l'atmosphère jusnaturaliste dans laquelle baigne tout le droit romain.

¹⁴ D. 1, 5, 3 (Gaius, Inst. 1, 9) : « *summataque de iure personarum divisio haec est : quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi* ». David Deroussin commente ce passage en indiquant qu'il marquait le fait que, si liberté et esclavage atteignent des êtres concrets, des hommes, sur le plan juridique « *ils déterminent des statuts et définissent donc des catégories de personnes. Autrement dit, le droit, parce qu'il est un artefact, ne peut s'appliquer qu'à des éléments de même nature que lui : des personnes et non pas des hommes. Parce qu'il est une abstraction, il saisit non pas à tel ou tel mais la protection juridique (la personne) d'un tel* », in « *Homo / persona. Archéologie antique de la personne* », *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin*, Bernard Gallinato-Contino et Nader Hakim (dir.), PUBordeaux, 2014, p.671. L'auteur soutient la thèse selon laquelle les notions d'*homo* et de *persona*, loin de se confondre sauf exceptions non techniques, sont au contraire clairement distinguées par les juristes romains dans la mesure où la notion de *persona* serait essentiellement caractérisée par son « artificialité ». Il y aurait donc par conséquent des hommes qui, « *en tant qu'ils appartiennent au genre humain, indépendamment de leur qualification par le droit* » sont qualifiés par les juristes romains d'*homines*. Et par ailleurs, une notion artificielle, construite, fonctionnelle, relevant seulement du droit (qualifié pour sa part d'« artefact » sans doute sous l'influence kelsenienne), la notion de *persona*.

¹⁵ D. 1, 5, 1 : « *Omneius, quo utimur, uel ad personas, uel ad res, uel ad actiones* » ; « *Tout le droit a pour objet soit les personnes, soit les choses, soit les actions* » ; D. 1, 5, 4 : « *Libertas est naturalis facultateius, quod cuique facerelibet, nisi si quid ui, autiureprohibetur* » ; « *La liberté est la faculté naturelle de faire ce qui plaît, hormis ce qui est empêché par la force ou ce que le droit interdit* ». Sur la valeur éminemment systématique de cette partie du Digeste : Pierangelo Catalano, *Diritto e persone I.*, Torino, Giappichelli, 1990, pp.167-169.

qu'elle est placée en tête des livres du Digeste : « *Tout le droit a pour objet soit les personnes, soit les choses, soit les actions* ». L'ordre a un sens¹⁶.

12. Cette identité *homo-persona* résulte d'ailleurs du fait que ces notions ne sont nullement abstraites, mais bien concrètes, comme en témoigne le fait que le terme *homo* soit utilisé dans des formules solennelles du *iusciuite*, pour l'acquisition et la défense des droits des *Quirites* sur les esclaves (par les techniques de *mancipatio*, *in iurecessio* et *legisactio sacramenti*)¹⁷. Dans ces cas précis, l'esclave, être humain concret, est désigné techniquement par le terme *homo*.

13. Cette tradition juridique romaniste s'est maintenue jusqu'à une période récente, dans la pensée juridique et le droit de la Révolution et du Code civil¹⁸.

B. Maintien de la tradition juridique romaniste (Révolution et Code civil)

14. Pendant la discussion de l'article 725 du Code civil, le Tribun Chabot de l'Allier fit un rapport, le 16 avril 1803, qui reprenait exactement, et explicitement, la tradition juridique romaniste centrée sur la notion de personne¹⁹. Par ailleurs, on note que, comme dans le Digeste, le Livre I du Code civil est consacré aux personnes, signe que le droit est d'abord fait pour les personnes et seulement subsidiairement pour les biens et les manières dont on acquiert la propriété.

15. Chabot de l'Allier expliquait qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant soit né pour être capable de succéder, il suffit qu'il soit conçu au moment où s'ouvre la succession²⁰. Chabot ajoutait qu'en tant qu'être vivant, l'enfant, avait dès sa conception la capacité de succéder. Son argumentation est la reprise évidente de dispositions issues du droit romain, notamment en ce que ce droit est un droit reposant sur le droit naturel : « *Il serait contre le vœu de la nature, qu'un enfant fût privé des successions échues dans l'intervalle de sa conception à sa naissance : aussitôt qu'il est conçu, on le considère comme étant né, lorsqu'il y va de son intérêt* »²¹.

16. En droit romain, le principe est que l'enfant, dès sa conception, existe, est considéré comme une personne : « *ceux qui sont dans le sein de leur mère, sont presque toujours réputés nés : car on leur rend les successions qui leurs sont échues par la loi* »²². Et de même que Chabot plaidait pour que l'intérêt de l'enfant soit pris en compte dès sa conception, le droit romain prévoyait que : « *on*

¹⁶ En dépit de certaines tentatives actuelles pour le nier : Emmanuel Lazayrat, « La distinction des personnes et des choses », *Droit de la famille*, 4-2013, étude 5 : « [...] si l'expression elle-même de *summa divisio* relève bien du droit romain, son application en tant que *summa divisio* (division suprême et rigoureuse) à la distinction chose-personne ne se retrouve pas *stricto sensu* dans les textes juridiques romains. Autrement dit, ce qui distingue la personne de la chose en droit romain n'est pas une *summa divisio*, du moins aux yeux des juristes romains ». Significativement, l'auteur veut étudier « la notion de personne dans la perspective des choses en droit romain ». Il semble que ce que la seule chose que les Romains pensaient possible de faire juridiquement était au contraire d'envisager les choses dans la perspective des personnes !

¹⁷ Gaius, *Inst.*, 1, 119 ; 2, 24 ; 4, 16 ; Pierangelo Catalano, *Diritto e persone I.*, op. cit., p.168.

¹⁸ Pierangelo Catalano, *Diritto e persone I.*, op. cit., pp.196 et ss., sur la protection juridique de l'enfant à naître dans le droit romain et dans les droits de tradition romaniste (jusqu'au Code civil de 1804).

¹⁹ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 12, Videcoq, Paris, 1836, p.168. Chabot s'appuie explicitement sur D. 5, 4, 3 ; 1, 5, 7 & 26 et 37, 9, 10. Le premier fragment pose le principe général de la réserve des droits de l'enfant pour qu'il puisse les exercer à sa naissance (« *Les Anciens, pour conserver les droits de l'enfant qui est encore dans le ventre de sa mère, les ont réservés en entier jusqu'au temps de sa naissance* »). Le dernier fragment permettant à l'enfant à naître, pourvu qu'il soit conçu avant la mort du testateur, de prétendre à la succession prétorienne.

²⁰ Chabot de l'Allier, *Commentaire sur la loi des successions, formant le titre premier du livre troisième du code civil*, T. 1, 5^e éd., Nêve, Paris, 1818, p.68.

²¹ Chabot de l'Allier, *Commentaire sur la loi des successions, formant le titre premier du livre troisième du code civil*, op. cit., p.68.

²² D. 1, 5, 26 (Iulianus libro 69 digestorum) : « *Qui in utero sunt, in totopaeneiureciviliintelleguntur in rerumnaturaesse. Nam etlegitimaehereditates his restituuntur* ».

considère comme déjà né, l'enfant qui est dans le sein de sa mère, toutes les fois qu'il s'agit de son avantage, quoiqu'il ne puisse être utile à personne avant sa naissance »²³.

17. La rédaction de l'article 725 du Code civil, pour être négative²⁴, n'en reprend pas moins de façon évidente le principe du droit de succéder de l'enfant à naître, donc de sa capacité juridique ; il repose donc implicitement sur le fait de considérer cette enfant comme une personne, parce qu'il est *naturel* de le faire. De ce point de vue, le législateur, antique ou napoléonien, se reconnaît incapable de modifier l'ordre naturel, dans lequel son œuvre a l'ambition de s'inscrire.

18. Cette tradition romaniste, qui passe d'abord évidemment par la connaissance du droit romain, explique pourquoi la notion de personne est au cœur de la réflexion juridique des révolutionnaires et des législateurs de l'époque consulaire. Cela explique également pourquoi l'abandon de la tradition romaniste et jusnaturaliste aboutit à l'apparition de nouvelles difficultés.

C. Difficultés posées par les droits positifs modernes

19. Le droit romain en ce qui concerne l'homme et son identité juridique (la personne) est caractérisé par une logique concrète qui rend impossible la manipulation conceptuelle. Ainsi, l'identité entre *homo* et *persona* empêche que l'on puisse nier juridiquement l'humanité à une personne, comme c'est le cas au contraire dans la législation national-socialiste et dans la législation fasciste, comme c'est aussi le cas dans les législations dites démocratiques pour les enfants à naître en deçà d'une certaine durée de conception²⁵.

20. L'article 1^{er} du code civil italien de 1942, disposait que « *la capacité juridique s'acquiert au moment de la naissance. Les droits que la loi reconnaît en faveur de l'enfant conçu sont subordonnés à l'événement de la naissance. Les limitations à la capacité juridique dérivant de l'appartenance à des races déterminées sont définies par des lois spéciales* ». En d'autres termes, l'appréhension de la personne humaine de façon abstraite, à travers le concept de « capacité juridique » permet de priver certains de droits, qui se retrouvent de fait exclus de la catégorie des personnes, donc des hommes. C'est vrai pour les juifs depuis les lois raciales italiennes de 1938²⁶, c'est également vrai pour les enfants à naître, juridiquement relégués dans la sphère de la non-existence. Il est d'ailleurs significatif que les deux soient organiquement liés dans cet article du code civil italien de 1942 dont le second alinéa a été abrogé à la fin de la guerre, mais dont la logique d'exclusion demeure dans le premier qui reste en vigueur aujourd'hui.

²³ D. 1, 5, 7 : (Paulus libro singulari de portionibus, quaeliberisdamnatorumconceduntur) : « *Quaeliberisdamnatorumconceduntur. Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit* ».

²⁴ Art. 725 C. civ (1804) : « *Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi sont incapables de succéder,*

1.° *Celui qui n'est pas encore conçu ;*

2.° *L'enfant qui n'est pas né viable ;*

3.° *Celui qui est mort civilement* ».

On peut comparer avec la rédaction actuelle, issue de la loi du 3 déc. 2001 : « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112* ».

²⁵ Sur l'identité entre *homo* et *persona* en droit romain, Pierangelo Catalano, *Diritto e persone I.*, op. cit., pp.167-172 ; sur la protection juridique de l'enfant à naître dans le droit romain et dans les droits de tradition romaniste (jusqu'au Code civil de 1804), *Idem*, pp.196 et suiv.. Pour une vue d'ensemble sur la question des enfants à naître, Michel Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.152-167. L'auteur utilise de façon intéressante la notion romaine de *nasciturus*, enfant à naître, mais aucune référence au droit romain n'apparaît clairement dans ses développements.

²⁶ Notamment le RegioDecreto-Legge du 17 nov. 1938 portant *Dispositions pour la défense de la race italienne* qui interdisait les mariages entre italiens et juifs, interdisait aux juifs la possession de terres dépassant une certaine valeur, l'accès à certaines professions, etc. ; Saverio Gentile, *Le leggi razziali : scienzagiuridica, norme, circolari*, EDUCatt, Milano, 2010, pp.145-163.

21. Un autre exemple parlant de logique exclusive du droit concerne la législation de l'Allemagne national-socialiste ; l'article 2 § 3 de la Loi sur la citoyenneté du Reich (*Reichsbürgergesetz*) du 15 septembre 1935 disposait ainsi que « *le citoyen du Reich est le seul titulaire de la totalité des droits politiques conformément aux lois* »²⁷. Etant entendu que les §§ précédents définissaient le citoyen par son appartenance raciale, donc excluait de la citoyenneté certaines personnes des droits civiques. Il faut noter que dans ce cadre juridique particulier, la remise des droits civiques est subordonnée à la délivrance d'un certificat de citoyenneté²⁸. Cette disposition en apparence technique signifie en réalité que les droits politiques ne sont pas attachés naturellement à l'homme, à la personne, mais seulement au citoyen et ne résultent que de leur reconnaissance explicite par l'Etat, qui peut évidemment le refuser, donc exclure qui il entend de la sphère de la citoyenneté. Une législation donc radicalement anti-jusnaturaliste et positiviste jusqu'à l'absurde²⁹.

22. Ce genre de manipulation juridique anti-jusnaturaliste n'est pas le propre des régimes totalitaires ; ou plus exactement, il apparaît malheureusement qu'en cette matière les Etats dits démocratiques se comportent structurellement comme des Etats totalitaires. Les Etats-Unis d'Amérique ont ainsi connu le même type de législation jusqu'aux années 1960. Le fameux arrêt de la Cour suprême du 18 mai 1896, *Plessy v. Ferguson*, aboutissait de fait à entériner le principe de la ségrégation raciale (à travers la doctrine abstraite du « *separate but equal* ») en écartant l'application du XIV^e amendement de la Constitution qui reconnaît à toute personne née aux USA la citoyenneté, ce qui implique que dans le cadre d'une égale protection de la loi, les Etats fédérés ne puissent porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne (vie, liberté, propriété) sans un *due process of law*, sans un jugement légal³⁰.

23. Une fois les contours de la notion de personne tracés, reste à tenter d'apprécier ce qu'est « le » terrorisme.

II. Ambiguïtés de la notion de terrorisme

A) Pluralité de la notion de terrorisme dans les textes juridiques

24. On s'en tiendra ici au code pénal car le code de la sécurité intérieure comprend également un titre entier consacré à la « *lutte contre le terrorisme et les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation* » ; ce dernier ne définit pas le terrorisme mais organise, comme son titre l'indique, les moyens de lutte contre celui-ci. En tout cas, en ce qui concerne les dispositions du code pénal, force est de constater que la définition « du » terrorisme comme notion unitaire apparaît comme une entreprise parfaitement vaine.

25. En effet, si l'article 421-1 semble dans un premier temps définir de façon exhaustive les éléments constituant « *des actes de terrorisme* », les articles suivants ne peuvent que compléter cette première définition par un inventaire à la Prévert. Significativement, les articles 421-2, 421-2-1 et 421-2-2 du Code pénal commencent par « *constitue également un acte de terrorisme* ». Pour une raison mystérieuse, l'article 421-2-6 commence lui par « *constitue un acte de terrorisme* » ce qui n'est pas pour clarifier la question.

26. Cette situation quelque peu embrouillée est le symptôme d'une impossibilité de définir

²⁷ Art. 2 § 3 : *Der Reichsbürger ist der alleinige Träger der vollen politischen Rechte nach Maßgabe der Gesetze.*

²⁸ Art. 2 § 2 : « *Le droit de citoyenneté sera accordé par délivrance de certificats de citoyenneté* » (*Das Reichsbürgerrecht wird durch Verleihung des Reichsbürgerbriefes erworben*).

²⁹ Sur tout cela, mais sans aucune prise en compte de la question du positivisme et du jusnaturalisme : Giorgio Agamben, *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1997, pp.139-166.

³⁰ Andrew Kull, *The Color-Blind Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, pp.113 et suiv.

juridiquement le terrorisme, qui n'est pas une notion par nature juridique mais politique. Au mieux, le législateur pourra multiplier à l'infini les cas dans lesquels on est en présence d'un acte de terrorisme.

27. Par ailleurs, le fait que s'accumulent pêle-mêle dans la définition de l'acte terroriste des actes de violence contre les personnes, les biens, des infractions de blanchiment, de recel, d'empoisonnement de personnes ou de l'environnement, des faits de financement ou de participation à l'étranger à des activités « *de groupements terroristes* », contribue à accréditer que la définition de l'acte terroriste relève pratiquement de l'arbitraire. Cela conduit à la constatation de l'inexistence *du* terrorisme, tant juridiquement qu'historiquement, et à la conclusion selon laquelle existent en réalité *des* terrorismes.

B) Inexistence « du » terrorisme, réalité des terrorismes

28. Utiliser sans réflexion historique, politique et juridique préalable l'expression « le » terrorisme est une absurdité sur le plan scientifique ; autant laisser cette absurdité aux journalistes et aux politiques. En réalité, tout semble indiquer qu'il y ait eu, et qu'il y ait encore différentes formes de terrorisme, la formule attrape-tout n'étant qu'une manipulation du langage destinée à donner une unité fictive à une réalité plus complexe, dans un but de condamnation morale. Comme toutes les condamnations morales, l'appréhension « du » terrorisme en tant que phénomène cohérent et unitaire vise uniquement à le présenter comme étant « le » mal et donc à justifier toutes les atteintes aux droits fondamentaux de la personne pour lutter contre. Car par définition on ne négocie pas avec « le » Diable.

29. On rappellera simplement à cet égard que l'occupant allemand qualifiait de terrorisme, y compris sur le plan juridique, les actes de la résistance française pendant la seconde guerre mondiale³¹. On pourrait également rappeler que des terroristes sont devenus chefs d'État, Menahem Begin par exemple, dirigeant de l'organisation militaire terroriste *Irgoun* après la seconde guerre mondiale et premier ministre d'Israël en 1977. Il en est de même pour Martin Mc Guinness, vice-premier ministre d'Irlande du Nord depuis 2007, après avoir été le chef militaire de l'organisation terroriste qu'était l'Armée Républicaine Irlandaise à la fin des années 1970.

30. Scientifiquement, on peut donc proposer la classification suivante³² :

- Le terrorisme idéologique, lui-même décomposé entre terrorisme socialiste révolutionnaire, terrorisme néo-fasciste et terrorisme religieux (Anarchistes du XIX^e, RAF, Brigades Rouges, Action Directe, NAR, terrorisme islamiste)
- Le terrorisme national de libération (Vehme, Irgoun, IRA, ETA, FLNC, etc.)
- Le terrorisme d'Etat (Syrie, Lybie, France, USA, Israël, etc.)

31. Bien entendu, on peut considérer que certains types historiques de terrorisme appartiennent à plusieurs catégories. Ainsi, le terrorisme national de libération mené par l'IRA était également appuyé sur une idéologie de type marxiste, et bien sûr sur une base religieuse. Mais il est sans doute acceptable de considérer que ce marxisme d'une partie de l'IRA (d'une partie de sa direction) était subsidiaire par rapport à l'essentiel qui était la libération nationale de l'Irlande du Nord de l'occupation britannique. On pourrait même affirmer, à la lumière des événements récents qui ont vu le partage du pouvoir entre protestants et catholiques que le conflit religieux était subsidiaire par rapport à la question nationale. Symptomatiquement le partage du pouvoir entre les anciens ennemis qu'étaient Ian Paisley et Martin Mc Guinness au sein de l'exécutif nord-irlandais mis en place depuis 2006-2007...

³¹ Clément Millon, *Occupation allemande et justice française : les droits de la puissance occupante sur la justice judiciaire 1940-1944*, Paris, Dalloz, 2011, pp.314 et suiv.

³² Sauf erreur, cette classification ne se trouve pas dans les différents ouvrages traitant de l'histoire du terrorisme, qui ne se soucient guère de classifications scientifiques.

32. En tout cas, la permanence de l'utilisation du concept unitaire de terrorisme signale qu'à certains égards, on est en présence de l'instrumentalisation de cette notion par l'État.

C) Instrumentalisation de la notion de terrorisme par l'Etat

33. La société spectaculaire marchande quand bien même elle prétend être pacifique s'est construit un ennemi. Il faut dire qu'un système politique, quel qu'il soit, a toujours besoin d'un ennemi, même –ou surtout– dans la mesure où il se proclame pacifiste ; cet ennemi fantasmatique, spectaculaire comme la société dont il est le produit, n'est autre que le terrorisme : « *cette démocratie si parfaite fabrique elle-même son inconcevable ennemi, le terrorisme. Elle veut, en effet, être jugée sur ses ennemis plutôt que sur ses résultats* »³³. Ce qui est logique vu que ses résultats sont : l'enrichissement insensé de quelques-uns au détriment de tous les autres, le règne du capital au détriment du travail, de la spéculation financière et boursière, la destruction des conditions naturelles de vie jusqu'à un point délirant, la manipulation génétique des végétaux, des animaux et bientôt de l'être humain...

34. Comme le dit Guy Debord, « *l'histoire du terrorisme est écrite par l'Etat ; elle est donc éducative. Les populations spectatrices ne peuvent certes pas tout savoir du terrorisme, mais elles peuvent toujours en savoir assez pour être persuadées que, par rapport à ce terrorisme, tout le reste devra leur sembler plutôt acceptable, en tout cas plus rationnel et plus démocratique* »³⁴.

35. Si cet ennemi spectaculaire a été mis en place par la société spectaculaire marchande, c'est parce que dans un monde unifié par le spectacle, il ne saurait y avoir d'opposition si ce n'est illégitime : l'anathème remplace donc le combat politique ; la « lutte contre le terrorisme », figure caricaturale et spectaculaire de l'ennemi remplace l'opposition politique dans la mesure où dans un monde unifié de façon totalitaire et violente par l'économie, il ne saurait y avoir de politique, c'est-à-dire de choix pour le citoyen réduit à l'état de spectateur.

36. Quoi que l'on pense du terrorisme, le résultat (on juge un arbre à ses fruits) est un contrôle toujours plus étendu sur tous les aspects de la vie, des pouvoirs policiers toujours renforcés, et des libertés individuelles toujours amoindries, notamment au profit des entreprises de sécurité privée, dont les effectifs sont aujourd'hui pratiquement aussi importants que ceux des agents publics³⁵.

37. La lutte contre cet ennemi largement fantasmatique qu'est le terrorisme permet toutes les dérives, précisément parce que cet ennemi relève essentiellement du fantasme. Une illustration parmi des dizaines peut être trouvée dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme adoptée à Varsovie le 16 mai 2005 et signée par la France le 22 mai 2006³⁶. Ce texte (dont le contenu est par ailleurs parfaitement concevable dans le cadre d'une coopération policière des Etats européens) affirme dans son préambule que les Etats signataires sont « *conscients de la grave inquiétude causée par la multiplication des infractions terroristes et par l'accroissement de la menace terroriste* ». Le seul élément ne relevant pas de la contre-vérité réside évidemment dans « l'inquiétude » dont le texte se fait l'écho. En ce qui concerne le nombre d'infractions terroristes, il n'a jamais été aussi peu élevé en Europe. A titre de comparaison, la seule Italie a subi environ 14.000 attentats entre 1969 et 1986, qui ont fait 415 morts et 1 180 blessés. « *Multiplication des infractions*

³³ Guy Debord, *Commentaires sur la société du spectacle*, Gallimard, 1988, p.32.

³⁴ Idem, p.33.

³⁵ Florence Nicoud, « La répartition des compétences entre l'Etat et les opérateurs privés en matière de sûreté aéroportuaire », *AJDA*, 38-2006, p.2107 ; « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP*, 2006, pp.1247-1273.

³⁶ Décret n° 2008-1099 du 28 oct. 2008 portant publication de la convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (ensemble une annexe), adoptée le 16 mai 2005 à Varsovie, signée par la France le 22 mai 2006 (JO du 30, p. 16475).

terroristes »³⁷?

38. Du point de vue juridique, force est donc de constater que le développement de la répression anti-terroriste, dont on constate d'ailleurs l'inefficacité, a pour résultat un certain nombre de régressions.

III. Régressions juridiques impliquées par le développement de la notion de terroriste

A) Droit pénal de l'ennemi

39. Depuis 2001, les Etats-Unis et d'autres Etats à leur suite, ont mis en place une politique pénale que l'on appelle désormais, à la suite des travaux du pénaliste allemand Günther Jakobs le « droit pénal de l'ennemi » et qui consiste en somme à considérer le coupable d'une infraction -symptomatiquement le terroriste- non pas comme un délinquant mais comme un ennemi de la communauté nationale toute entière. D'où les mesures d'exception (devenues habituelles avec le temps) comme la rétention sans jugement, les mesures de répression anticipée voire le recours aux exécutions extra-judiciaires et à la torture³⁸.

40. Dans un article récent, un auteur a très bien expliqué en quoi consistait ce droit pénal de l'ennemi et averti des conséquences de cette nouveauté juridique : « *Le droit pénal de l'ennemi apparaît comme un nouveau modèle possible du droit pénal, impliquant et justifiant concrètement la multiplication d'interventions ante delictum en réponse à la crise des Etats qui seraient dans l'incapacité d'assurer le contrôle du crime et de la sécurité. La neutralisation de l'ennemi dangereux est au cœur de la théorie qui implique que la société s'octroie le droit de désigner l'ennemi afin de lui réserver un traitement différencié tant au regard des règles de fond que de forme du droit pénal, marquant ainsi un affaiblissement incontestable des droits fondamentaux* »³⁹.

41. En d'autres termes, le droit pénal de l'ennemi est par nature un droit de l'exception car « *une politique criminelle fondée sur le paradigme de l'ennemi se base essentiellement sur l'idée que les règles juridiques en vigueur pour le citoyen ne peuvent s'appliquer à qui rejette totalement les règles qui sont à la base de la société civile parce qu'il y porte atteinte brutalement, totalement, précisément sans aucune règle ; en effet, un citoyen, même dans le cas où il n'est pas "bon citoyen", par exemple lorsqu'il est délinquant, reste lié à la société par un rapport de reconnaissance réciproque en vertu duquel la société garantit à cet individu la protection de ses droits fondamentaux* »⁴⁰.

42. De nombreux auteurs ont souligné la gravité des atteintes aux droits fondamentaux causés par cette pénalité d'un genre très particulier. Mais ce qui n'est que rarement mis en évidence, c'est que la logique résultant de ce genre de mesure finit par contaminer l'ensemble du système juridique, au point que l'on perde tout sens des mots. En témoigne ce qu'écrivait Günther Jakobs lui-même : « *il est difficile d'imaginer qu'un Etat pourrait parfaitement se passer d'un droit d'exception comme le droit pénal de l'ennemi ; parce qu'un Etat de droit n'est pas qu'une simple pensée, mais un véritable ordre juridique dès lors qu'il garantit la validité des normes, ce qui veut dire, qu'il dirige de façon déterminante l'orientation sociale. Cependant, la manière selon laquelle cette orientation devrait être garantie ne dépend pas seulement de l'Etat de droit, mais aussi de son environnement hostile. On*

³⁷ Pour une comparaison synthétique et commode entre la France et la Belgique, v. Maria Luisa Cesoni, « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux », Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité Texte imprimé : *La normalisation de l'exception : étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, M. L. Cesoni (dir.), Bruylant-LGDJ, 2007, not. pp.38-42.

³⁸ Pour un cadre général très récent, Ludovic Hennebel, « L'exceptionnalisme américain », *Libertés et exceptionnalismes nationaux*, Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Guy Scoffoni (dir.), Bruylant, 2015, pp. 137-154.

³⁹ Jean-François Dreuille, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence-Revue critique*, 2012, n° 3, p. 150. On pourra se reporter à cet article pour une bibliographie exhaustive sur la question.

⁴⁰ Michèle Papa, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC*, 2009-1, p.3.

serait aveugle à la réalité des choses, si on niait l'existence d'une tension entre la notion de l'Etat de droit dans sa forme la plus parfaite, et ce qu'on peut pratiquement atteindre dans un Etat de droit. Et si l'on occultait le fait qu'un Etat de droit parfait pourrait garantir à des terroristes des conditions de bases idéales »⁴¹. Le véritable aveuglement hélas, réside dans le fait de confondre le droit pénal, qui s'applique au citoyen ou au résident, et la notion d'ennemi qui ne saurait se comprendre que comme conséquence d'un état de guerre. Mélanger les deux aboutit évidemment à envisager une guerre de l'Etat contre ses propres citoyens, ce qui est une aporie conceptuelle déjà résolue depuis longtemps par Hobbes...

43. Il est heureux, *a contrario*, que dans un débat récent mené dans le cadre de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, la dangerosité du rétablissement de la peine d'indignité nationale pour sanctionner le crime de terrorisme a été remise dans la perspective de cette question du droit pénal de l'ennemi⁴². Comme l'a souligné Giorgio Agamben la question de la lutte contre le terrorisme a au moins le mérite de permettre le questionnement à propos d'une notion fondamentale du droit public depuis la fin du Moyen Age, la souveraineté.

B. Souveraineté

44. Si la notion de personne est une abstraction, donc résulte de la volonté du législateur, du souverain ou du législateur-souverain, il ne saurait que difficilement être question de droits fondamentaux innés. Ces droits fondamentaux peuvent très bien être reconnus dans ce contexte, il serait excessif de le nier, mais ils ne sauraient l'être qu'artificiellement et en tout état de cause cette possibilité ne saurait être séparée de la possibilité inverse. Autrement dit, dans le contexte d'une conception abstraite et artificialiste du droit, le Souverain-Etat-Législateur peut décider de protéger tous les êtres humains au moyen de la technique des droits fondamentaux ; mais la protection naturelle, inaliénable, donnée par les droits fondamentaux considérés comme des droits innés est abandonnée⁴³. La question de la lutte contre le terrorisme supposé ou réel doit donc, *in fine*, être remise dans le contexte de la question plus générale de la souveraineté. En effet, en lisant Agamben, François Saint-Bonnet a bien vu que ce dernier ne reliait pas l'état d'exception à une situation de trouble, mais à la souveraineté⁴⁴.

45. Chez Carl Schmitt, l'idée de souveraineté est liée à la notion d'arbitraire : « *est souverain celui qui décide des circonstances exceptionnelles* »⁴⁵. Si l'on veut vraiment construire la généalogie de la souveraineté, il faut évidemment partir de Bodin. L'acte de naissance du phénomène de la souveraineté est bien connu, il s'agit des *Six livres de la République*, paru pour la première fois en 1576⁴⁶. Néanmoins, dans ce contexte pourtant troublé des guerres de religion, Bodin exprime encore l'idée selon laquelle la loi divine reste supérieure à la souveraineté du roi ou de l'Etat, ce qui constitue une limite théorique importante. L'inventeur même de la théorie de la souveraineté, après avoir énoncé qu'elle était « *la puissance absolue et perpétuelle d'une République* » nuancait le caractère

⁴¹ Günther Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009-1, p.17.

⁴² Jean-Jacques Urvoas, rapport d'information n°2677 sur l'indignité nationale, Ass. nat., 25 mars 2015, pp.20 & 29.

www.videos.assemblee-nationale.fr/video.6593.commission-des-lois--legitime-defense-des-policiers--indignite-national-e-communication-du-preside-25-mars-2015;

www.libertes.blog.lemonde.fr/2015/03/27/jean-jacques-urvoas-lindignite-nationale-une-laicisation-de-lexcommunication/

⁴³ Sur les différentes manières d'envisager les droits de l'homme, une bonne synthèse est donnée par Bjarne Melkevik, « Légitimité et Droits de l'homme », *L'odyssée des Droits de l'homme III. Enjeux et perspectives des Droits de l'homme*, Jérôme Ferrand & Hugues Petit (dir.), L'Harmattan, 2003, pp.213-222.

⁴⁴ François Saint Bonnet, *L'état d'exception*, Puf, 2001, p.3.

⁴⁵ Carl Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p.15.

⁴⁶ On ne suivra pas du tout sur ce point Julien Freund, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965, p.117, selon qui « *la souveraineté a toujours existé en fait partout où il y a eu commandement, seulement on a négligé de l'étudier et d'en faire la théorie* ».

absolu de la souveraineté par le droit naturel, en ayant soin de préciser que les monarques qui ne respectaient pas cette limite tombaient de fait dans la tyrannie : « *Donc la Monarchie royale, ou legitime, est celle où les sujets obéissent aux loix du Monarque, et le Monarque aux loix de nature, demeurant la liberté naturelle et propriété des biens aux sujets. La Monarchie seigneuriale est celle où le Prince est fait Seigneur des biens et des personnes par le droit des armes, et de bonne guerre, gouvernant ses sujets comme le pere de famille ses esclaves. La Monarchie tyrannique est où le Monarque mesprisant les loix de nature, abuse des personnes libres comme d'esclaves, et des biens des sujets comme des siens* »⁴⁷.

46. La conception de la souveraineté pleinement absolue telle que Schmitt la décrit résulte quant à elle d'une sécularisation radicale du politique, qui désormais n'a plus aucune limite résultant d'une loi supérieure. Désormais, il est possible pour le législateur de tout faire, de priver telle ou telle personne de ses droits fondamentaux puisqu'ils ne sont pas naturels. La souveraineté, en soit, en arrive à contaminer tous les domaines du droit. La question de l'encadrement juridique du terrorisme n'en est qu'une illustration.

47. L'abandon du cadre du droit naturel aboutit à ce que le législateur puisse décider qui est un être humain ou non, comme les lois italiennes de 1938 et 1942. Ce sont là des conséquences de la toute-puissance, de la souveraineté de la volonté, quand le droit naturel considère que tous les êtres humains sont égaux devant le droit, quelle que soit leur race et y compris lorsqu'ils ne sont pas encore nés. La souveraineté apparaît donc comme une tentative malheureusement réussie de faire absorber le droit par la décision unilatérale et arbitraire. Comme une subversion profonde de l'idéal juridique antique du droit naturel par la notion moderne d'État, désormais compris comme unité et indivisibilité du pouvoir suprême⁴⁸.

48. Il faut donc mettre à l'épreuve le droit de l'exception à la lumière du droit naturel.

C. Le droit de l'exception : anti juridique et inhumain dans une perspective jusnaturaliste

49. La réponse que l'on donnera à la question posée par l'organisateur de ce séminaire est donc la suivante : pour lutter contre le terrorisme aujourd'hui, *il est urgent de ne rien faire*. D'une part parce que l'arsenal juridique est déjà tellement important que l'on s'y perd, et qu'il est déjà au maximum de son efficacité, puisque apparemment plusieurs attentats sont déjoués chaque année. Il faut également se débarrasser radicalement de l'illusion selon laquelle un Etat pourrait assurer une sécurité absolue pour l'ensemble de ses citoyens. A moins que l'on veuille vivre à la coréenne... du Nord.

50. Une Démocratie et un Etat de Droit dignes de ce nom ne doivent pas utiliser les armes de leurs ennemis faute de quoi, en reconnaissant de fait le bien fondé de leurs méthodes, ils cessent d'être Démocratie et Etat de Droit. C'est un véritable déshonneur, dans un pays civilisé, d'utiliser les méthodes et les raisonnements des ennemis de toute civilisation.

51. La France dispose déjà de tout l'arsenal législatif et judiciaire nécessaires pour lutter contre les terrorismes. Si comme l'a dit le premier ministre lui-même il y a des « failles » dans le renseignement français, ce n'est pas la loi qui est responsable, et il est donc parfaitement vain de vouloir la modifier encore. Les dispositions législatives antiterroristes sont déjà tellement nombreuses en France qu'en rajouter encore ne relève ni du droit ni de la volonté sincère de contribuer à la sécurité de tous, mais de la pensée magique. Rappelons que la dernière en date et qui contient des dispositions extrêmement dangereuses, date du... 13 novembre 2014. Remarquable efficacité.

⁴⁷ Jean Bodin, *Les six livres de la République*, II, II, pp.34-35. La formule de la souveraineté est présente en I, X ; *idem*, II, III, p.43 : « *Le Monarque royal est celui, qui se rend aussi obéissant aux loix de nature, comme il desire les subjects estre envers luy, laissant la liberté naturelle, et la propriété des biens à chacun* ».

⁴⁸ Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Puf, 1994, pp.131 et suiv.

52. Faire enfler et durcir l'arsenal législatif répressif antiterroriste n'aboutit concrètement qu'à porter atteinte aux libertés individuelles fondamentales des citoyens honnêtes quand les terroristes, par définition, ne respectent –eux- aucune loi. Dissuader un terroriste avec une loi semble pour le moins naïf.

53. Les citoyens honnêtes n'ont pas à payer du sacrifice de leurs libertés individuelles les incompétences individuelles des responsables de l'administration et des dirigeants politiques. A la fin de l'empire carolingien, l'incompétence et l'incapacité des élites à protéger ce dernier des invasions a abouti à ce que ces élites s'emparent finalement du pouvoir au niveau local pour leur propre compte, tout en laissant l'Etat tomber, pour des siècles, dans une totale déshérence : cela a donné naissance à la féodalité, « cet inique et absurde gouvernement dans lequel l'espèce humaine est dégradée, et où le nom d'homme est en déshonneur »⁴⁹. Revenir au Moyen Age ? Non merci.

54. Il faut accepter, dans une Démocratie et un Etat de Droit, les risques inhérents à la jouissance de la liberté, faute de quoi on finit par abandonner la Démocratie et l'Etat de Droit. Les lois d'exception, et le droit français du terrorisme tend à devenir un droit d'exception, sont le propre des régimes totalitaires ; comment peut-on être assez aveugle pour croire que l'on peut combattre une pensée totalitaire en adoptant ses méthodes ?

55. C'est l'Espagne qui devrait servir d'exemple. Frappé très durement lors des attentats de Madrid le 11 mars 2004, après avoir connu pendant des décennies des attentats commis par les nationalistes basques d'ETA, ce pays a fait la preuve de sa solidité et de sa dignité en n'adoptant pas une législation d'exception, ce qui n'a aucunement contribué à faire se multiplier les actes terroristes, au contraire. La fameuse citation de Benjamin Franklin -même s'il n'est pas absolument certain qu'elle soit de lui- illustre parfaitement les enjeux en matière de sécurité et de liberté : « *Ceux qui sont prêts à abandonner une liberté essentielle pour obtenir un peu de sécurité temporaire, ne méritent ni la liberté ni la sécurité* ».

⁴⁹Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, 1762, III, XV.