

**Carolina CERDA-GUZMAN**

**Doctorante (allocataire de recherches) en droit public à la Faculté de droit de Montesquieu Bordeaux IV – C.E.R.C.C.L.E.**

**Atelier n°8 : « Constitution et terrorisme mondial »**

## **LA CONSTITUTION : UNE ARME EFFICACE DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME ?**

Lors de la 3<sup>ème</sup> commémoration des attentats qui frappèrent la gare d'Atocha le 11 mars 2004, Franciso Camps, le Président de la Generalitat de Valence, avait prononcé les propos suivants : « La Constitution est l'instrument pour éradiquer définitivement toute activité terroriste ».

Bien que ces propos concernait au premier chef l'Espagne, ils résument parfaitement l'ensemble des interrogations qui assaillent actuellement les principales démocraties contemporaines.

En effet, depuis l'émergence d'un terrorisme mondial, ces Etats sont en quête d'un moyen d'assurer efficacement une de leur mission principale : la sécurité de leur citoyens<sup>1</sup>. Bien que la première réaction pourrait être celle de la violence, ces démocraties, en tant qu'Etats de droit, savent que leur action doit nécessairement passer par le droit. Et quel meilleur support de cette lutte si ce n'est le texte le plus symbolique des Etats : la Constitution ?

L'utilisation de la Constitution en tant que moyen de lutte contre le terrorisme paraît aux premiers abords relativement surprenante, essentiellement parce que « Constitution », et « terrorisme » sont deux termes *a priori* antinomiques. Le terrorisme s'oppose radicalement à l'idée même de « Constitution » puisqu'il vise à la remise en cause de l'ordre établi, à la mise à mal des valeurs proclamées par les Constitutions démocratiques. Le terrorisme est intrinsèquement illicite et inconstitutionnel puisqu'il est inconciliable avec le fait de vivre en société de manière civilisée. De plus, il est acquis que le terrorisme relève davantage de la sphère politique que de la sphère juridique<sup>2</sup>. De fait, sa signification juridique soulève de nombreux problèmes. Ainsi, la lutte contre le terrorisme par la Constitution pose le problème du difficile passage du politique au juridique.

Cependant, suite à l'émergence de ce terrorisme mondial, il semblerait qu'une certaine forme de conciliation entre ces deux termes soit envisagée par les Etats.

L'utilisation de dispositions constitutionnelles pour lutter contre le terrorisme est de plus en plus considérée comme étant le moyen le plus efficace pour faire face au terrorisme, puisque le droit constitutionnel permet d'établir la liaison entre le droit

---

<sup>1</sup> La plupart des constitutions ont inscrit en leur sein cette obligation d'assurer la sécurité nationale. Cependant, même lorsqu'une telle disposition n'existe pas explicitement dans le texte constitutionnel, les juges constitutionnels ont tâché de rattacher cette obligation à d'autres dispositions. Ainsi le juge constitutionnel français a considéré que la sauvegarde de l'ordre public était un objectif à valeur constitutionnelle, qui découlait notamment de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Cf. décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995, Rec. p. 170

<sup>2</sup> PHILIPPE Xavier, « Constitution et terrorisme en Afrique du Sud », *A.I.J.C.*, XIX, 2003, p. 11

national et le droit international<sup>3</sup>. La responsabilité des Etats dans la prise en charge d'un tel risque s'est vue confirmée par l'exclusion de la lutte contre le terrorisme du Statut de la Cour pénale internationale.

Après la mise en application de certaines mesures, l'heure est maintenant de s'interroger sur la pertinence de ce choix : la Constitution est-elle réellement un outil efficace pour lutter contre le terrorisme ? Ou de manière encore plus précise encore : la Constitution permet-elle à la fois de protéger la sécurité des citoyens et de garantir leurs droits et libertés fondamentaux ? La Constitution permet-elle de trouver un juste équilibre entre la nécessité de se prémunir contre les risques terroristes et l'exigence du respect des droits et libertés fondamentaux, y compris ceux des terroristes ?

Tout d'abord, l'analyse nous mène à constater qu'en dépit du caractère mondial de la menace, tous les Etats ne formulent pas les mêmes réponses et n'utilisent pas tous les mêmes moyens.

En effet, si on atteste, depuis une trentaine d'années, de l'émergence d'une certaine évolution allant vers la prise en charge des problèmes liés au terrorisme par des techniques inscrites dans la Constitution, de manière explicite ou implicite, cette évolution est, toutefois, à relativiser du fait de son absence de généralisation et des doutes quant à son efficacité.

De plus, l'aveu d'impuissance de la Constitution à protéger les citoyens contre le terrorisme se double en miroir d'un semi-constat d'échec dans la garantie des droits des citoyens.

La multiplication des législations d'exception attentatoires à de nombreuses libertés et la difficulté de reconnaissance de droits à l'égard des terroristes met en lumière une autre faille de la Constitution : la protection des citoyens contre l'Etat lui-même.

Ainsi, afin de mesurer l'ampleur de la remise en cause de la Constitution par le terrorisme mondial, l'analyse se portera dans un premier temps sur l'aptitude de la Constitution à répondre au risque terroriste, puis dans un second temps, celle-ci se portera sur la capacité de la Constitution à assurer la protection effective des droits de tous dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

## **I. La Constitution : une arme efficace pour garantir la sécurité des citoyens ?**

Bien que tous les pays soient confrontés à un même problème, ils ne réagissent pas tous de la même manière. Néanmoins, l'analyse des différentes expériences permet tout du moins de constater l'émergence d'une nouvelle tendance : celle du traitement de plus en plus accru du terrorisme par les Constitutions nationales (A). Toutefois, cette tendance n'est pas générale. En effet, un certain nombre de pays lutte contre le terrorisme sans passer directement par le texte constitutionnel, du fait du silence de leur Constitution, mais surtout du fait de l'inefficacité du texte constitutionnel (B).

---

<sup>3</sup> RENOUX S. Thierry, « France – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, XVIII, 2002, p. 195-244.

## **A) Le traitement du terrorisme par les Constitutions**

La question qui se pose ici est celle de savoir dans quelle mesure le droit constitutionnel peut fournir des moyens de lutte contre le terrorisme, soit en visant directement le terrorisme dans son texte (1), soit en prévoyant des régimes exceptionnels permettant de répondre de manière plus rapide à une situation de crise, telle que celle résultant d'une attaque terroriste (2).

### **1) La constitutionnalisation du terrorisme**

La constitutionnalisation du terrorisme serait-elle en marche ? Pour l'instant, il serait difficile de pouvoir l'affirmer. Néanmoins, certains éléments permettent d'aller dans ce sens.

Certes, aucune Constitution ne définit le terrorisme. Cependant un certain nombre de Constitutions (récentes) mentionnent directement et explicitement le mot « terrorisme », mais dans des buts assez différents. Par ce biais certaines démocraties visent à constitutionnaliser la sanction adjugée aux personnes accusées de terrorisme, alors que d'autres cherchent à préciser le cadre dans lequel doit s'inscrire la lutte préventive.

Concernant la constitutionnalisation de la sanction, deux pays peuvent être cités. Tout d'abord, le cas du Chili et de son article 9<sup>4</sup>. La mention du terrorisme dans le texte constitutionnel chilien est une nouveauté de la Constitution de 1980 rédigée sous la dictature du Général Augusto Pinochet. Le but de cette disposition est de condamner constitutionnellement le terrorisme du fait de son opposition radicale aux droits fondamentaux. Dans ce cadre, la Constitution fixe une liste, non exhaustive, de sanctions relativement lourdes. Ainsi, une personne accusée de terrorisme pourra, pendant une durée de 15 ans, se voir interdire d'assumer un certain nombre de charges (publiques ou privées). De plus, une personne accusée d'acte terroriste pourra être condamnée à la peine de mort. Par ailleurs le texte constitutionnel tient à préciser la nature de l'infraction terroriste. Cette dernière ne peut relever des délits politiques mais des délits de droit commun. Néanmoins, les peines prononcées ne pourront faire l'objet d'une grâce, excepté la possibilité de commuer une peine de mort en réclusion à perpétuité.

L'autre exemple est celui du Pérou. Dans sa Constitution, datant de 1993, il est prévu que les personnes coupables d'actes terroristes pourront être condamnées à la peine de mort (article 140 de la Constitution). Par ailleurs, à l'image de son voisin, le constituant péruvien a lui aussi tenu à refuser la qualification de délit politique aux actes terroristes (article 37 de la Constitution). Ainsi, les ressortissants étrangers coupables d'actes terroristes pourront être extradés.

Bien que ces deux Constitutions ne fournissent pas une définition du terrorisme, elles se sont fixées pour mission de sanctionner gravement les actes terroristes. La posture espagnole est quant à elle sensiblement différente puisqu'elle vise davantage à constitutionnaliser les méthodes de prévention des actes terroristes.

---

<sup>4</sup> CEA EGAÑA José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Tomo 1, Textos universitarios, Ediciones de la Universidad católica de Chile, Santiago, 2001, p. 261-276

La Constitution espagnole est probablement l'un des premiers textes de ce type à envisager de manière explicite le phénomène terroriste<sup>5</sup>. Nonobstant, la particularité du texte ibérique ne se résume pas à cette précision. Le cas espagnol présente des particularités différentes de celles du Chili ou du Pérou. L'Espagne, du fait de son histoire et de son actualité, a certes inscrit le terrorisme dans son texte constitutionnel, à l'article 55-2. Cependant, cette inscription ne vise pas à définir les sanctions applicables aux terroristes mais à préciser les droits fondamentaux pouvant être suspendus dans le cadre de la lutte anti-terroriste. Ainsi, l'Espagne a souhaité consacrer constitutionnellement la lutte préventive plutôt que se limiter à une énumération de sanctions. Cette solution présente de grands avantages, puisqu'elle fixe au législateur un cadre stable dans lequel intervenir : il ne pourra agir qu'à travers le vote d'une loi organique et ne pourra toucher qu'un certain nombre de droits. Les droits pouvant être suspendus étant clairement établis cela permet d'une part d'assurer une certaine sécurité pour les citoyens et d'autre part de faciliter la tâche du juge constitutionnel.

Ces trois exemples de constitutionnalisation ne sont pas les seuls, mais ils sont les plus significatifs. En effet, il arrive que d'autres pays mentionnent le terrorisme dans leur Constitution mais en lui attribuant une moindre portée. Par exemple, le Brésil, dans son article 4, précise uniquement que ses relations internationales seront guidées sur certains principes, dont notamment, le refus du terrorisme.

Néanmoins, les cas de constitutionnalisation du terrorisme sont assez peu nombreux. En réalité, la lutte contre le terrorisme passe davantage à travers des dispositions constitutionnelles d'une toute autre nature, celles qui encadrent les régimes d'exception.

## **2) L'utilisation des régimes d'exception mentionnés dans la Constitution**

A situation exceptionnelle, mesure exceptionnelle ?

Bien que dans de nombreuses Constitutions, le terme « terrorisme » ne soit pas directement mentionné, il existe dans ces textes des outils exceptionnels pour agir dans le cadre des situations engendrées par les actes terroristes. De manière générale, dans ces régimes de crise, les garanties constitutionnelles subsistent mais elles sont réduites au strict minimum avec pour but ultime : restaurer l'ordre dans l'Etat<sup>6</sup>.

Par exemple, en cas d'attaques terroristes, bien que ne contenant aucune disposition formelle relative à la lutte contre le terrorisme, la France pourrait se fonder sur les pouvoirs exceptionnels de l'article 16<sup>7</sup>. Ce régime permet de donner de manière temporaire la totalité des pouvoirs législatifs et réglementaires au chef de l'Etat. La France dispose également de l'article 36 concernant l'état de siège qui permet de

---

<sup>5</sup> SOLOZABAL ECHAVARRIA Juan José, « Espagne – Table ronde : Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, XVIII, 2002, p. 151-160

<sup>6</sup> Ces régimes relèvent de ce que Schmitt appelait la « dictature du commissaire ». Cf. WEYEMBERGH Maurice, « Le terrorisme et les droits fondamentaux de la personne. Le problème », in *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, (dir.) BRIBOSIA Emmanuelle et WEYEMBERGH Anne, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 11-35

<sup>7</sup> RENOUX S. Thierry, « France – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *article précité*, p. 205

dessaisir les autorités civiles du pouvoir de police générale au profit des autorités militaires mais uniquement en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée.

De même l'Espagne a inséré dans sa Constitution plusieurs dispositifs distincts (article 116 de la Constitution) : l'état d'alerte, l'état d'exception et l'état de siège.

La loi fondamentale allemande, quant à elle, prévoit également des mécanismes de protection de l'intégrité de l'ordre constitutionnel, bien que ceux-ci ne soit pas propres à la lutte contre le terrorisme<sup>8</sup>. Par exemple la lutte anti-terroriste pourrait, en autres, fonder la limitation de certains droits fondamentaux, tel que le précise le texte constitutionnel. Elle pourrait également donner lieu à la déchéance de certains autres droits. De plus, une attaque terroriste pourrait justifier la mise en place des dispositions concernant l'état de nécessité intérieure et extérieure, définis aux articles 91 et 115a de la Loi fondamentale. Néanmoins pour assurer l'applicabilité de ces mesures, certains hommes politiques, dont le ministre de l'Intérieur Wolfgang Schäuble, proposent de redéfinir l'état de nécessité afin d'y inclure le terrorisme. Cette proposition illustre clairement la tendance à la constitutionnalisation du terrorisme.

Le Canada, qui ne possédait pas de régime constitutionnel d'exception, a, dans les années 80, procédé à une telle réforme<sup>9</sup>. En effet, suite à de nombreux abus dans l'utilisation des états d'urgence et du fait du rapatriement de la Charte constitutionnelle, le Canada a procédé à une constitutionnalisation des régimes exceptionnels afin essentiellement de les encadrer.

Sur un tout autre continent, l'Afrique du Sud, qui fut elle aussi touchée par des attentats en 1999, dispose dans son arsenal juridique de dispositions constitutionnelles relatives à l'état d'urgence (article 37 de la Constitution) ou à l'état de défense nationale (article 203 de la Constitution), sans pour autant mentionner directement le terrorisme dans le texte même de la Constitution.

La particularité de la Constitution de l'Afrique du Sud, et qui constitue un avantage intéressant pour bien des commentateurs<sup>10</sup>, réside dans les modalités régissant cet état d'urgence. En effet, le mécanisme de ce régime d'exception se fonde sur une gradation en deux temps. Ainsi, si la Constitution permet l'instauration de l'état d'urgence sur simple vote majoritaire à l'Assemblée nationale, mais uniquement pour une période de trois mois et au bout de laquelle toute prolongation doit être votée par au moins soixante pour cent des membres de l'Assemblée. Un tel mécanisme est très intéressant car il permet à la fois d'agir rapidement, grâce au vote à la majorité simple, mais ensuite de permettre une certaine forme de contrôle et certain droit de parole à l'opposition au moment du vote de la prolongation de l'état de défense.

---

<sup>8</sup> GREWE Constance et SOMMERMANN Karl-Peter, « Allemagne – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », A.I.J.C., XVIII, 2002, p. 71-90

<sup>9</sup> SCHEPPELE Kim Lane, « North American emergencies : The use of emergency powers in Canada and the United States », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n°2, avril 2006, p. 213-243

<sup>10</sup> ACKERMAN Bruce, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Esprit*, « *Terrorisme et contre-terrorisme : la guerre perpétuelle ?* », août/septembre 2006.

Tous ces régimes d'exceptions ne permettent pas de lutter de manière préventive contre le terrorisme, mais ils ont l'avantage de fournir une première réponse aux actes terroristes qui pourraient être perpétrés sur leurs territoires.

Ainsi, de nombreuses constitutions prévoient un cadre juridique particulier pour gérer les situations de crise. Ces dispositions sont-elles pour autant efficaces ? Ou comme le formule si bien Marc-Olivier Padis : « l'état d'exception est-il le terme de la lutte antiterroriste ? »<sup>11</sup>

L'utilité théorique de ce type de dispositions est certaine. En effet, comme le rappelle Bruce Ackerman, ces dispositions exceptionnelles permettent avant tout et surtout d'« empêcher nos dirigeants à exploiter les paniques à venir »<sup>12</sup>. Ainsi, elles fixent un cadre, et évitent de laisser place à l'arbitraire.

Néanmoins, sans entamer l'analyse qui sera abordée dans les paragraphes suivant (notamment le I.B.), on peut d'ores et déjà constater que certains régimes d'exceptions sont relativement peu utiles dans le cadre de la lutte contre le terrorisme du fait soit de leur inapplicabilité soit de la mise en cause de leur efficacité.

Certaines dispositions ne peuvent en effet être utilisées dans le contexte présent. Ce sont toutes celles qui créent un régime spécifique exclusivement pour les temps de guerre. Certes certains dirigeants politiques assimilent la lutte contre le terrorisme à une guerre. Cependant, juridiquement, cette position est difficilement tenable, car dans le cadre d'un terrorisme mondialisé, il n'existe pas clairement de nation ennemie ou amie. Ce ne sont pas les Etats qui se font la guerre entre eux, mais ce sont des groupes « a-territoriaux » qui mettent en péril la sécurité des Etats. Par conséquent, l'utilisation de toute disposition constitutionnelle qui modifie la répartition des compétences en temps de guerre est contestable juridiquement dans le cas de la lutte contre le terrorisme.

Cette question peut utilement être posée concernant, par exemple, l'état de défense instauré par l'article 115a de la Loi fondamentale allemande. Cet article soumet l'instauration de l'état de défense à la constatation par le Bundestag d'une agression armée. Une attaque terroriste de grande ampleur pourrait-elle être assimilée à une agression armée ? La question de la qualification juridique de l'acte terroriste reste relativement incertaine<sup>13</sup>, même si la Résolution 1368 du 12 septembre 2001 du Conseil de sécurité des Nations-Unies abonde dans le sens d'une assimilation des attaques terroristes de grande ampleur à une agression armée<sup>14</sup>.

De même, les dispositions constitutionnelles qui ne traitent pas spécifiquement de la guerre mais qui ont été créées pour gérer des situations de crise ne sont pas toujours des plus adaptées. D'après Bruce Ackerman, il existe une « distinction radicale entre les crises existentielles du XXème siècle et les menaces terroristes dont le XXIème siècle sera sans doute ponctué »<sup>15</sup>. Certes, les terroristes

---

<sup>11</sup> PADIS Marc-Olivier, « Introduction. Sécurité et terrorisme : un défi pour la démocratie », *Esprit*, « *Terrorisme et contre-terrorisme : la guerre perpétuelle ?* », août/septembre 2006

<sup>12</sup> ACKERMAN Bruce, *article précité*.

<sup>13</sup> KAMPA Franck, « Sécurité collective, libertés publiques et lutte contre le terrorisme », *Le Débat Stratégique*, n°74, mai 2004.

<sup>14</sup> GREWE Constance et SOMMERMANN Karl-Peter, *article précité*, p. 74

<sup>15</sup> ACKERMAN Bruce, *article précité*.

actuellement représentent une menace pour la souveraineté de l'Etat, mais cette menace ne vise pas directement à installer un pouvoir étranger à la tête de l'Etat ou à opérer un véritable coup d'Etat, tel qu'il se définissait à la fin du XXème siècle. Ainsi, si par exemple une attaque terroriste venait à frapper la France il n'est pas sûr que l'article 16 ou l'article 36 soient nécessairement utilisés et utilisables<sup>16</sup>.

Il faudrait donc penser à créer des régimes d'exception davantage spécialisés, qui adapteraient les pouvoirs selon les facteurs déclenchants de la crise, comme le recommande Bruce Ackerman<sup>17</sup>.

De plus, l'utilisation généralisée des régimes d'exception pose en elle-même quelques problèmes. Du fait du caractère permanent de la menace terroriste, leur utilité n'est que très relative à moins que l'exception ne tende à devenir la règle. Cet argument a connu un retentissement important, notamment en Egypte<sup>18</sup>. Ce pays a souffert, lui aussi, de nombreuses attaques terroristes. L'ampleur du massacre de Luxor avait justifié en son temps l'établissement de l'état d'urgence. Or depuis 1997, l'état d'urgence n'a eu de cesse que d'être reconduit par un vote du Parlement. Bien que lors de sa campagne présidentielle, Hosni Moubarak, s'était engagé à remplacer cet état d'urgence par une législation antiterroriste, ceci n'eut pas lieu et le Parlement égyptien dû, en mai 2006, reconduire à nouveau pour deux ans cet état d'urgence. Ces multiples prorogations sont plus que contestables car, d'une part, les faits manquent pour justifier ces prorogations, puisqu'entre le massacre de 1997 et les attentats de Taba, en octobre 2004, il n'y a pas eu de terrorisme en Egypte. D'autre part, ces multiples prorogations attestent par elles-mêmes de leur inefficacité à éradiquer les menaces terroristes sur le territoire égyptien.

Ces développements nous permettent néanmoins de conclure à une certaine prise en charge, par la Constitution, du traitement de la menace terroriste. Cette attitude est-elle généralisable ?

## **B) La Constitution : un outil relativement peu utilisé car peu utile ?**

L'analyse des différentes pratiques constitutionnelles nous conduit à constater, en réalité, que dans de nombreux cas, les mesures juridiques visant à lutter contre la menace terroriste ne sont fondées sur aucune disposition constitutionnelle du fait du silence de certaines Constitutions (1). Par ailleurs même lorsque ces dispositions existent elles ne constituent pas toujours l'élément central du dispositif anti-terroriste (2).

### **1) Le silence de certaines Constitutions**

Une grande majorité des Constitutions actuellement en vigueur ne mentionne pas le « terrorisme » dans leur Constitution et les exemples sont trop nombreux pour pouvoir les citer. Néanmoins, ce qui suscite davantage notre intérêt est l'absence, dans de nombreuses constitutions, de dispositions relatives aux régimes d'exception.

---

<sup>16</sup> RENOUX S. Thierry, « France – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *article précité*, p. 205

<sup>17</sup> ACKERMAN Bruce, *article précité*.

<sup>18</sup> SALAÜN Tangi, « L'Egypte prolonge l'Etat d'urgence », *Figaro*, 2 mai 2006.

Un tel constat vient donc fortement nuancer la thèse de la constitutionnalisation de la lutte contre le terrorisme.

En effet, un exemple intéressant de ce type de « constitutions silencieuses » peut être fourni par la Constitution belge. Comme le résume parfaitement Francis Delpérée et Marc Verdussen, cette Constitution semble se baser sur un « postulat de confiance »<sup>19</sup> fondé sur l'idée selon laquelle la Constitution est faite pour des peuples heureux et sans histoire, refusant, par conséquent, toute « clause d'extraconstitutionnalité ». Ainsi, son article 187 est formel : « La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie », quelques soient les problèmes rencontrés, les autorités publiques ont la charge d'appliquer toutes les dispositions de la Constitution et ce en toute circonstances. Certains diront que cette Constitution est une Constitution optimiste, d'autres diront qu'elle est irréaliste .... En effet, il ne convient pas d'oublier de rappeler que la Belgique n'est pas immune face à la menace terroriste puisqu'elle a connu entre 1984 et 1985 un terrorisme interne, sous la forme des Cellules communistes combattantes et qu'elle constitue, à l'heure actuelle, un point de passage privilégié pour certaines organisations terroristes.

Cependant, même si certains textes constitutionnels ne mentionnent pas l'existence de régimes d'exception, ils ne les prohibent pas. Ainsi, en l'absence de disposition constitutionnelle explicite, certains Etats se fondent sur une habilitation implicite de la constitution pour pouvoir agir contre le terrorisme.

Pour l'essentiel, ils se fondent sur le « droit à la sécurité », présent dans de nombreuses constitutions, sous différentes formulations. Ce droit essentiel, puisqu'il conditionne l'effectivité de tous les autres droits, permet aux autorités d'aménager certaines compétences afin de répondre aux mieux aux problèmes ou aux crises qui pourraient survenir.

C'est actuellement la solution retenue par les Etats-Unis, qui ne disposent pas de régime d'exception clairement inscrit dans la Constitution<sup>20</sup>. Logiquement, étant donnée la date de naissance du texte constitutionnel, seule la situation de guerre est envisagée. Cette absence de consécration constitutionnelle des régimes d'exception est liée à la conception américaine de ce type de régime. Selon cette conception ces régimes d'exception relèvent davantage de la *common law* que des fonctions constitutionnelles<sup>21</sup>. Ainsi, il est admis que la Constitution américaine octroie implicitement au Congrès (par l'article 1, § 9) le pouvoir de prendre des mesures pour restaurer l'ordre, telle que la suspension du *writ d'habeas corpus*, ou la déclaration de la loi martiale, comme se fut le cas lors des jeunes années de ce pays<sup>22</sup>. Dans le cadre de la menace actuelle, la méthode retenue par les autorités américaines relève de la même logique. Ainsi, trois jours après les attentats du 11 septembre 2001, le Président Bush proclama l'état d'urgence nationale (*National Emergency*) et invoqua divers pouvoirs législatifs spéciaux, votés par le Congrès, dont le *USA Patriot Act*. Les nord-américains passent donc directement par la loi sans chercher une quelconque habilitation constitutionnelle. De cette compétence

---

<sup>19</sup> DELPÉRÉE Francis et VERDUSSEN Marc, « Belgique – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, XVIII, 2002, p. 91-110

<sup>20</sup> VROOM Cynthia, « Etats-Unis – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, XVIII, 2002, p. 161-193

<sup>21</sup> SCHEPPELE Kim Lane, *article précité*, p. 214

<sup>22</sup> *Supra*, p. 215

implicite a également découlé un pouvoir réglementaire détenu par le Président des Etats-Unis pour mettre en place, par exemple, des commissions militaires. De ce pouvoir implicite a donc découlé l'adoption des *Military Orders* de 2001. Il convient de souligner néanmoins, que ce pouvoir réglementaire a été profondément remis en cause par la Cour Suprême, suite à l'affaire « *Hamdan v. Rumsfeld* » du 29 juin 2006. En effet, dans cette décision, 5 juges sur 3 ont considéré que les commissions militaires n'étaient autorisées ni par une loi fédérale ni exigées par une nécessité militaire. Ainsi ce pouvoir exécutif en la matière est pleinement remis en cause par la Cour Suprême.

La situation est à peu près similaire en Italie où il existe des régimes d'exception mais qui ne sont pas prévus par le texte constitutionnel.

Le cas de la Grande-Bretagne peut également être cité, même si cette absence de disposition constitutionnelle est la conséquence des particularités du droit constitutionnel britannique.

Ces quelques exemples, nous permettent donc de constater que même si par ses formes, le terrorisme est un phénomène ancien, son apparition dans les normes constitutionnelles est rare, tout comme les moyens constitutionnels de lutte contre de telles menaces.

## **2) L'inadéquation des mesures constitutionnelles au profit des mesures législatives**

Le fait que certaines Constitutions ne mentionnent pas le terrorisme ou ne prévoient pas de régimes spécifiques à utiliser en cas de crise grave mène à s'interroger sur l'utilité de telles procédures. Le « réalisme constitutionnel »<sup>23</sup> est-il indispensable pour lutter contre le terrorisme ?

Afin de répondre à cette question il convient déjà de préciser les critiques formulées à l'encontre de la constitutionnalisation du terrorisme au sein même des pays concernés.

En effet, l'inscription dans la Constitution du terme « terrorisme » pose problème et certains auteurs refusent même la qualification de normes constitutionnelles à ces dispositions sanctionnant les actes terroristes. Par exemple au Chili, le professeur Pablo Ruiz Tagle Vial s'interroge sur l'utilité d'une telle disposition dans la Constitution, pas uniquement parce que le Chili n'est pas un pays directement concerné par le terrorisme international mais surtout parce qu'il se demande si ces dispositions ne feraient pas plutôt partie d'une législation appartenant à un rang hiérarchique inférieur. Pour justifier ces propos il se fonde sur l'absence de définition constitutionnelle du terrorisme. Selon cet auteur, l'existence d'une définition législative<sup>24</sup> et non pas constitutionnelle du terrorisme viendrait à limiter la valeur de l'article 9 de la Constitution et à le subordonner à une norme de rang inférieur.

Bien que cette analyse n'emporte pas l'adhésion de tous, elle illustre tout du moins les limites à l'inscription du terrorisme dans le texte constitutionnel.

---

<sup>23</sup> SOLOZABAL ECHAVARRIA Juan José, *article précité*, p. 152

<sup>24</sup> Dans le cas du Chili, le terrorisme est défini par une loi votée à la majorité qualifiée : la loi n° 18.314 de 1984, modifiée par la loi n°18.825 de 1989 et par la loi n°19.055 de 1991.

Des problèmes relevant du même ordre se rencontrent également en Espagne. Des doutes sont en effet émis à l'encontre de l'opportunité d'une telle mesure constitutionnelle. Pour Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA, l'inscription d'une réglementation visant à suspendre individuellement des droits dans le Code de procédure pénale, tel qu'il résulte d'une loi organique de 1988, pose problème, et ce d'autant plus que dans le Code de procédure pénale il n'est pas fait mention du contrôle parlementaire de la suspension, malgré l'exigence constitutionnelle. On constate donc que même le principe même de la constitutionnalisation du terrorisme pose problème.

Par ailleurs, comme il a déjà été vu, les régimes d'exception ne sont pas exempts de toutes critiques. Ces régimes permettent éventuellement de restaurer l'ordre suite à une attaque terroriste, mais ils ne peuvent constituer une réponse à moyen ou long terme à la menace terroriste mondiale.

Ces conclusions nous conduisent donc à remettre en cause l'utilité de la Constitution pour lutter contre le terrorisme.

A l'analyse des différentes pratiques étatiques, il apparaît clairement qu'en réalité la Constitution n'est pas l'outil privilégié pour une telle tâche, et ce au profit de la loi.

En effet, même lorsque le terrorisme fait l'objet d'une sanction constitutionnelle, cette sanction nécessite une loi pour être appliquée. Prenons l'exemple péruvien déjà mentionné. Bien que la peine capitale pour terrorisme soit mentionnée par la Constitution, elle ne figure pas dans le Code pénal. Ainsi, il est nécessaire de voter une loi pour son application. Un tel projet de loi a déjà été discuté devant le Parlement et a pour l'instant toujours été rejeté, comme en atteste le projet de loi déposé par le Président de la République le 11 novembre 2006 et qui fut rejeté, le 3 janvier 2007, par 49 voix contre 26.

En outre, étant donné l'inefficacité des régimes d'exception dans la lutte préventive, les autorités publiques doivent donc passer par la loi pour prévenir les attaques terroristes. Ainsi, par exemple, les autorités françaises se fondent notamment sur la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme<sup>25</sup> (texte 6).

La Grande-Bretagne compte également sur un arsenal juridique important et notamment sur deux grands textes législatifs : le *Anti-terrorism, Crime and Security Act* du 14 décembre 2001 et la *Prevention Security Act* du 11 mars 2005.

Ces législations d'exception présentent l'avantage pour les Etats de produire quasiment les mêmes effets que la proclamation d'un régime d'exception sans emporter avec elles la lourdeur de la procédure et tout leur aspect symbolique.

L'adoption de législations spécifiques à la lutte anti-terroriste est par ailleurs impulsée fortement par l'Union Européenne.

Par exemple, la Belgique qui jusqu'alors avait opté pour une lutte basée sur des textes législatifs généraux<sup>26</sup>, dû adopter sa première loi de ce type. Ainsi, le 11 décembre 2003, la Chambre parlementaire belge vota une loi sur les infractions terroristes<sup>27</sup>, suite à une décision-cadre du 13 juin 2002 du Conseil de l'Union

---

<sup>25</sup> ROLIN Frédéric et SLAMA Serge, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *A.J.D.A.*, 2006, p. 975

<sup>26</sup> DELPÉRÉE Francis et VERDUSSEN Marc, *article précité*.

<sup>27</sup> Loi promulguée le 19 décembre 2003.

Européenne. Cette loi se limite toutefois à intégrer dans le Code pénal belge la définition de l'infraction terroriste sans y adjoindre une liste de mesures lourdement attentatoires à l'encontre des droits des citoyens belges. La lutte préventive contre le terrorisme reste, encore en Belgique relativement basée sur une législation déjà existante.

L'Afrique du Sud a également connu une évolution semblable. Alors que jusqu'en 2003, Xavier Philippe pouvait affirmer qu'en Afrique du Sud, « la répression des actes terroristes n'a [...] pas fait l'objet d'une législation spéciale ou plus exactement s'est simplement inspirée du régime de droit commun pour réprimer les actes terroristes »<sup>28</sup>, cette affirmation est aujourd'hui fautive. En effet, à l'image des autres pays, l'Afrique du Sud a sauté le pas et a clairement établi une législation anti-terroriste très active, à travers le vote, en 2004, du *Protection of Constitutional Democracy Against Terrorist and Related Activities Act*<sup>29</sup>.

De manière générale il semblerait que la Constitution ne soit pas l'arme la plus utilisée. Elle n'est pas considérée, par la globalité des Etats comme étant le meilleur moyen juridique pour lutter contre le terrorisme. Cette désaffection de l'arme constitutionnelle s'est faite au profit de la législation (spécifique ou commune).

Nonobstant, un autre problème surgit alors : celui de la protection des droits inscrits dans la Constitution par rapport à ces législations d'exception.

Si la Constitution ne permet pas de lutter efficacement contre le terrorisme, permet-elle au moins d'assurer une certaine protection des droits et libertés fondamentaux qui pourraient être mis en cause par ces législations ?

## **II. La Constitution : un rempart toujours solide contre les atteintes aux droits et libertés fondamentaux ?**

La multiplication des législations antiterroristes place au cœur du débat le rôle de la Constitution en tant que gardienne des droits et libertés de chacun.

S'il est vrai que certaines Constitutions garantissent certains droits ou certaines libertés, même dans les situations les plus critiques et que même les personnes soupçonnées de terrorisme peuvent bénéficier de quelques garanties (A), force est de constater que le rempart constitutionnel n'est pas toujours aussi solide et qu'il tend à faiblir sous le poids de l'opinion publique apeurée par la menace terroriste (B).

### **A) Le respect de l'intangibilité de certains droits et libertés**

Les Constitutions des démocraties contemporaines se caractérisent par la place qu'elles accordent à la reconnaissance des droits et libertés fondamentaux. Néanmoins l'effectivité de ces principes ne se mesure réellement qu'en temps de crise. Ces principes sont-ils valables en tout temps ? (1) et pour tous ? (2)

#### **1) Des Constitutions excluant toute atteinte aux droits et libertés fondamentaux des citoyens même en cas d'attaque terroriste**

La question que soulève actuellement la menace terroriste au sein des Etats démocratiques est celle de la fundamentalité réelle des droits reconnus dans leur Constitution.

---

<sup>28</sup> PHILIPPE Xavier, *article précité*, p. 12

<sup>29</sup> Act n°33. 2004

La Constitution permet-elle de garantir certains droits même en temps de crise, générée notamment par une attaque terroriste ?

L'analyse de quelques Constitutions permet de constater que pour un certain nombre d'entre elles, certains droits sont véritablement indérogeables, en ce sens que l'exercice de ces droits ne peut être totalement supprimé ou suspendu.

Par exemple, la Constitution sud-africaine<sup>30</sup>, à l'image d'autres Constitutions, énumère un certain nombre de principes indérogeables (ceux figurant à l'article 37 de la Constitution)<sup>31</sup>.

De même la Loi fondamentale allemande précise que même dans l'état de défense, les droits fondamentaux ne peuvent être suspendus. Cette permanence des droits fondamentaux est confirmée par l'article 115g qui garantit expressément le statut de la Cour constitutionnelle allemande en temps d'état de nécessité. Ce type de disposition atteste donc du fait que « le droit constitutionnel allemand est [...] dominé par la volonté de maintenir, dans la mesure du possible, toutes les garanties de l'Etat de droit, notamment les droits fondamentaux »<sup>32</sup>.

L'indérogeabilité de certains droits, dont le droit à la vie a été confirmée par la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision du 15 février 2006<sup>33</sup>. En effet, par cette décision, la Cour constitutionnelle a déclaré comme inconstitutionnelle la loi sur la sécurité de l'aviation allemande qui permettait de donner au ministre de la Défense allemand le pouvoir d'abattre des avions civils si, selon les circonstances, on pouvait admettre que l'avion « était employé à la seule fin de nuire à des vies humaines ». La déclaration d'inconstitutionnalité fut notamment fondée sur le respect du droit à la vie de tous, y compris des personnes se situant dans l'avion.

De telles clauses constitutionnelles se retrouvent également dans la Constitution péruvienne, concernant les règles relatives à l'état de siège (article 137 de la Constitution de 1993). En outre, l'article 200 de cette Constitution, précise que même en temps de régime d'exception les procédures d'*habeas corpus* et d'*amparo* ne peuvent être suspendues.

De même la Charte canadienne ne prévoit aucune disposition permettant de déroger aux droits fondamentaux en temps de crise<sup>34</sup>.

Dans un registre différent mais relevant du même esprit, un certain nombre de Constitutions prohibe toute création de tribunaux d'exception. De telles interdictions ne permettent pas à proprement parler de garantir l'exercice de certains droits fondamentaux, mais elles permettent de protéger les citoyens de tout risque de dérive en temps de crise. Ainsi, ce type de disposition préserve les citoyens de la création de juridictions *ad hoc* à la base constitutionnelle incertaine, tels que les tribunaux militaires établis par le Président Bush sur la base du *Military Order* du 13 novembre 2001. Peuvent par exemple être citées, la Constitution sud-africaine ou la Constitution allemande (article 101). De même la Constitution belge précise à son

---

<sup>30</sup> PHILIPPE Xavier, « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud-africaine de 1996 », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 897-926

<sup>31</sup> PHILIPPE Xavier, *article précité*, p. 17

<sup>32</sup> GREWE Constance et SOMMERMANN Karl-Peter, *article précité*, p. 75

<sup>33</sup> 1 BvR 357/05, 15 février 2006

<sup>34</sup> SCHEPPELE Kim Lane, *article précité*, p. 231

article 146 que « Il ne peut être créé de commissions ni de tribunaux extraordinaires, sous quelque dénominations que ce soit ».

De telles dispositions attestent de la capacité prospective de certaines Constitutions et de se voir appliquées les garanties minimales de tout un chacun quelque soit l'époque.

Cependant, de telles clauses ne sont pas prévues par toutes les Constitutions. Certaines prévoient même la possibilité, en temps de crise, de suspendre certaines procédures considérées comme fondamentales, à l'image de la Constitution américaine et de la section 9 de son article premier, qui autorise la suspension du privilège de l'ordonnance d'*habeas corpus* en cas de rébellion ou d'invasion et si la sécurité publique l'exige.

En outre, une autre question se pose : celle de l'existence de droits à l'égard des personnes soupçonnées de terrorisme.

## **2) La reconnaissance de certains droits à l'égard de toutes les personnes y compris les personnes accusées de terrorisme**

L'épineuse question de la reconnaissance de droits à l'égard des personnes soupçonnées d'avoir commis des actes terroristes est dans la plupart du temps réglée par les Etats par le biais de la création de deux ordres juridiques, un concernant les nationaux et un autre concernant les étrangers. Ainsi, s'il est concevable de reconnaître certains droits aux nationaux ayant commis des actes terroristes, cette reconnaissance est davantage problématique concernant les étrangers.

Néanmoins, un certain nombre de pays parviennent, pour l'instant, à éviter d'opérer ce type de dichotomies et accordent certains droits à tous.

Ainsi, certaines législations n'opèrent pas de distinction radicale entre les mesures relatives aux étrangers et celles concernant les nationaux, comme l'illustre la législation sud-africaine<sup>35</sup>, seule la question de l'extradition étant propre à la situation des étrangers.

La situation de la Belgique est également à souligner puisqu'il est constitutionnellement reconnu que sur ce territoire, les ressortissants étrangers en situation régulière peuvent également revendiquer le droit à la « protection des personnes et des biens »<sup>36</sup>.

Il convient également de rappeler qu'aux Etats-Unis, tous les étrangers en situation régulière bénéficient du même droit au *due process of law* que les citoyens américains<sup>37</sup>. En revanche, un étranger en situation irrégulière ou sujet à l'expulsion ne bénéficie qu'un droit limité au *due process of law*.

Face à ces différentes distinctions de statut, les juges américains ont été conduits à réaffirmer de manière solennelle les garanties minimales des droits procéduraux des détenus suspects d'actes terroristes.

Concernant les terroristes étrangers, on peut citer la décision de la Cour Suprême américaine du 28 juin 2004, *Rasul v. Bush*. Il était ici question du régime applicable aux détenus de Guantanamo. Selon le *Military Order* du 13 novembre 2001, ces

---

<sup>35</sup> PHILIPPE Xavier, *article précité*, p. 24

<sup>36</sup> DELPÉRÉE Francis et VERDUSSEN Marc, *article précité*, p. 97

<sup>37</sup> VROOM Cynthia, *article précité*, p. 177

personnes devaient être jugées par des commissions militaires extraordinaires, selon une procédure ne remplissant pas les exigences posées par le principe constitutionnel du *due process*. Le problème qui se posait était celui de la compétence des tribunaux américains pour traiter et répondre à ce type de requêtes. Or d'après un précédent datant de 1950 (*Johnson v. Eisentrager*), les tribunaux américains n'étaient pas reconnus comme compétents pour connaître des griefs provenant d'étrangers détenus en dehors du territoire américain.

La Cour suprême va cependant décider d'écarter ce précédent. Pour cela, la Cour Suprême va considérer que la prison de Guantanamo, bien que ne se situant pas sur un territoire où les Etats-Unis disposent de la souveraineté ultime, se situe sur un territoire relevant de la compétence pleine et exclusive des Etats-Unis. Cette précision juridique va permettre à la Cour Suprême de se reconnaître compétente pour statuer sur de telles demandes et donc de faire application de la loi fédérale *d'habeas corpus* qui, dans le cas présent, implique la reconnaissance d'un droit d'accès aux tribunaux au profit de personnes étrangères retenues à Guantanamo et accusées d'actes terroristes.

Lors de l'affaire « *Hamdan* », précitée, du 29 juin 2006, la Cour Suprême a confirmé cette tendance, en mettant en cause la légalité des tribunaux militaires instaurés par l'Administration Bush et en imposant le respect de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Ainsi, la Cour Suprême en a conclu qu'aucune commission militaire ne pouvant juger Salim Ahmed Hamdan.

Les juges britanniques sont allés encore plus loin que les juges américains en sanctionnant une partie de la législation anti-terroriste. Dans leur décision *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, en date du 16 décembre 2004, les Law Lords ont refusé de reconnaître un pouvoir absolu à l'égard de l'exécutif pour placer en détention indéterminée des étrangers soupçonnés d'activités terroristes et ce malgré leur qualification de « *suspected international terrorist* ». Cet arrêt, considéré par les commentateurs comme étant l'un des plus importants de ces cinquante dernières années, a en effet conduit les Law Lords à considérer que le pouvoir accordé à l'Administration britannique était disproportionné au regard de l'urgence invoquée et donc incompatible avec les exigences formulées dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Les juges ont certes admis l'existence d'une situation de « danger public menaçant la vie de la Nation » tel que le précise l'article 15 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Néanmoins, les atteintes aux droits étaient disproportionnées et la sélectivité du pouvoir de détention en fonction de la nationalité des suspects allait à l'encontre des dispositions des articles 14 et 15 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

De cette décision, deux enseignements peuvent, entre autres, être tirés. Tout d'abord, elle permet de montrer que la distinction entre nationaux et étrangers dans la reconnaissance des droits ne peut être totale et absolue. Ensuite, cet arrêt confirme la fonction essentielle des juges en ces temps de crise, puisqu'il confirme l'idée selon laquelle le contrôle judiciaire doit être autant plus strict que l'atteinte à la liberté individuelle est importante.

Néanmoins, si l'on examine la globalité des expériences étrangères, les juristes sont dans l'obligation de constater que cette posture est encore assez isolée. Pour le moment la balance judiciaire entre la sécurité et la liberté tend à pencher du côté de la sécurité.

## **B) Des droits et libertés finalement peu protégés**

Bien que certaines Constitutions s'attachent à sauvegarder certains droits même en temps de crise, cette volonté n'est malheureusement pas commune à l'ensemble des Constitutions des principales démocraties contemporaines.

Ainsi, en l'absence de dispositions strictes à cet égard, les juges constitutionnels se trouvent dans une position difficile et du fait de l'ampleur de la crainte générée par la menace terroriste tendent à être relativement permissifs envers les législations antiterroristes (1) et relativement stricts à l'égard des droits des personnes soupçonnées de terrorisme (2).

### **1) Une jurisprudence constitutionnelle permissive à l'égard des atteintes aux droits et libertés des citoyens**

Suite à la multiplication des attaques terroristes, de nombreux pays vont élaborer une législation sensiblement attentatoire aux droits et libertés fondamentaux de chacun.

Le principal danger de ces législations réside dans le manque de clarté de la définition de l'acte terroriste. Comme il a déjà été dit, les Constitutions ne fournissent jamais de précision à ce sujet. Ainsi, cet aspect relève, dans la plupart des cas, de la compétence du législateur, lequel n'est pas toujours le plus à même d'effectuer une telle tâche. Or donner une définition trop large et floue de l'acte terroriste conduit à restreindre les droits et libertés d'un trop grand nombre de personnes. De plus, le manque de clarté de la définition d'une telle faute a également des incidences dans l'application de la sanction, puisque comme le rappellent Constance Grewe et Renée Koering-Joulin, « si l'on veut que la peine prononcée soit en adéquation avec le comportement prohibé, il faut que celui-ci soit appréhendé dans sa vérité »<sup>38</sup>. D'où l'importance du contrôle du juge sur ce type de qualification.

Il est vrai que cette exigence de clarté de la loi, notamment pénale, est une exigence déjà consacrée par plusieurs Constitutions ou plusieurs juges constitutionnels dans le monde<sup>39</sup>.

Cependant, si l'on prend par exemple le cas français, le contrôle est pour l'instant relativement décevant<sup>40</sup>. Concernant la première loi de ce type du 9 septembre 1986, le juge constitutionnel a davantage affirmé que démontré la clarté de la loi, tout comme se fut le cas pour la loi pour la sécurité intérieure de 2003. Ces mêmes problèmes de clarté de la loi se retrouvent en Allemagne où les formulations des législations anti-terroristes demeurent imprécises<sup>41</sup>.

Un des autres dangers potentiels avec ce type de législation réside dans la faiblesse des motivations requises pour justifier les atteintes réelles aux droits et libertés. Par exemple, dans le *USA Patriot Act*, il suffit d'invoquer « les nécessités d'une enquête

---

<sup>38</sup> GREWE Constance et KOERING-JOULIN Renée, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, volume II, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 899

<sup>39</sup> Dans le cas français, le Conseil constitutionnel a déjà exigé la clarté et la précision de la loi et tout particulièrement de la loi pénale dans une décision des 19 et 20 janvier 1981, « Sécurité et liberté ». Dans le cas allemand cette exigence découle directement du principe de sécurité juridique formulé à l'article 103, alinéa 2 de la Loi fondamentale.

<sup>40</sup> GREWE Constance et KOERING-JOULIN Renée, *article précité*.

<sup>41</sup> GREWE Constance et SOMMERMANN Karl-Peter, *article précité*, p. 84

criminelle » pour autoriser la mise en œuvre de dispositifs exceptionnels de surveillance ou de perquisitions, alors qu'auparavant les exigences étaient plus élevées.

Cette flexibilisation des standards est un phénomène présent dans de nombreux pays. Malheureusement, dans ce domaine, le contrôle des juges constitutionnels est assez fluctuant<sup>42</sup>.

Certes les autorités n'ont pas carte blanche mais le contrôle effectué par les juges a souvent penché en faveur de la sécurité et non pas en faveur de la protection indéfectible des droits et libertés des citoyens. En dépit d'un contrôle de proportionnalité, les juges en arrive souvent à la même conclusion : les atteintes sont justifiées dans le contexte de la lutte contre la menace terroriste internationale. Seules les restrictions manifestement excessives ou l'absence totale de garanties procédurales se verront censurées. Cet état de fait est d'ailleurs clairement établi aux Etats-Unis, puisque l'on sait depuis le précédent établi par l'affaire *Youngstown*, datant de 1952, que les tribunaux opèrent un contrôle moins poussé à l'égard de l'exercice des pouvoirs d'urgence quand le Président agit sur la base d'une autorisation du Congrès<sup>43</sup>, faisant acte de ce que certains appellent le « devoir de déférence des Cours face aux autorités politiques ». Ceci démontre les limites inhérentes du contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué, puisqu'il conduit le juge à se fonder sur des spéculations pour formuler une réponse très lourde de conséquence.

Dès lors, on constate que le législateur s'avère peu fiable en période de crise et face à ce constat l'action des juges n'est pas rassurante. En effet, force est de constater que les juges nationaux se sont parfois montrés trop complaisants. Face à des dispositifs antiterroristes d'envergure, le rôle des juges nationaux est appelé à évoluer.

## **2) La difficile reconnaissance de droits à l'égard des terroristes étrangers et ses incidences**

Si les juges parviennent difficilement à défendre pleinement l'exercice de tous les droits des citoyens, la question des droits des terroristes présumés est pose encore plus de problèmes. En effet, « faut-il accorder aux terroristes la protection d'un droit qu'ils récusent ? »<sup>44</sup>.

Les Etats s'accordent de manière quasiment unanime pour refuser aux terroristes le caractère de condamnés politiques<sup>45</sup>. Soit, cette précision est apportée par le texte constitutionnel lui-même, comme c'est le cas pour le Chili<sup>46</sup>, soit elle peut découler d'une jurisprudence constitutionnelle ou administrative<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Pour une analyse de la jurisprudence française et allemande, voir par exemple l'article Constance GREWE et de Renée KOERING-JOULIN, cité plus haut, page 904.

<sup>43</sup> Cf. SCOFFONI Guy, « Les juges et la Constitution des Etats-Unis à l'épreuve du terrorisme international », in *Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, Paris, 2005, p. 219-236

<sup>44</sup> RENOUX S. Thierry, « France – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *article précité*, p. 212

<sup>45</sup> RENOUX S. Thierry, « Juger le terrorisme ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°14, 2003, p. 102-114

<sup>46</sup> Article 9 de la Constitution

<sup>47</sup> En France, il est possible de mentionner la jurisprudence du juge administratif : C.E., 7 juillet 1978, Croissant ; C.E., 9 mai 1994, Bracci ; C.E., 24 février 1995, Persichetti.

Cette position se confirme même au niveau conventionnel puisque par exemple, l'application de la Convention européenne de Strasbourg depuis le 22 décembre 1987 traduit une tendance lourde de dépolitisation des infractions terroristes.

Ce refus de qualification politique des infractions terroristes est lié au fait que les infractions politiques ont longtemps été considérées comme étant des infractions plus nobles que celles de droit commun et ont donc fait l'objet d'une plus grande clémence<sup>48</sup>. Un tel refus n'est pas sans incidences. Il a des implications réelles pour les personnes accusées d'actes terroristes, puisque dans ce cas ces personnes peuvent faire l'objet d'une extradition.

Ainsi en refusant une telle qualification, les Etats cherchent volontairement à restreindre l'étendue des droits et des garanties généralement attachées à ce type de statut<sup>49</sup>.

Cette restriction des droits des terroristes par les normes constitutionnelles ou législatives va de pair avec une jurisprudence relativement peu généreuse de ce point de vue. Bien que l'on reconnaisse quelques droits aux personnes accusées d'actes terroristes, comme la possibilité d'accéder aux tribunaux (comme l'a précisé la jurisprudence *Rasul* de la Cour Suprême), il convient tout de même de préciser que ces droits ne sont pas aussi substantiels que ce que l'on pourrait croire. Ainsi, si les terroristes détenus à Guantanamo peuvent invoquer le principe du *due process*, du fait de leur situation, ce principe implique seulement pour eux le droit à une audience contradictoire devant une autorité décisionnelle neutre qui lui permette de contester les faits reprochés. Par ailleurs dans sa décision, la Cour ne précise pas la nature et l'étendue des droits que ces personnes soupçonnées d'actes terroristes pourront invoquer.

En outre, même lorsque la jurisprudence octroie certains droits aux étrangers, comme ce fut le cas grâce à la décision de la Cour Suprême du 29 juin 2006, cette jurisprudence est mise à mal par les pouvoirs publics. Ainsi, en conséquence directe de la sanction de la Cour Suprême, G. Bush a promulgué, le 17 octobre 2006, le *Military Commissions Act* dont le but est d'ancrer dans la légalité le système des commissions militaires. En effet, suite à la décision du 29 juin 2006, l'Administration avait deux possibilités : soit appliquer les règles minimales de procédure dans ces commissions, soit demander au Congrès une validation des mesures réglementaires. L'Administration a malheureusement opté pour la mesure la plus liberticide. Ce choix va également dans le sens du *Detainee Treatment Act* de 2005 qui interdit aux terroristes présumés étrangers détenus, notamment sur la base de Guantanamo de faire usage de l'*habeas corpus* et donc de défendre leurs droits devant la justice<sup>50</sup>.

La question des droits des terroristes étrangers relève actuellement de la plus haute importance, non seulement parce que tout un chacun doit pouvoir bénéficier de droits indérogeables, mais aussi parce qu'aujourd'hui nous constatons l'émergence

---

<sup>48</sup> Cf. ROUDIER Karine, « Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme », communication au VIe Congrès français de droit constitutionnel, Congrès de Montpellier, 9, 10, 11 juin 2005.

<sup>49</sup> Cf. JOINET Louis, « L'internationalisation des régimes d'exception. Expression d'un nouvel ordre répressif mondial », *Pouvoirs*, « Les pouvoirs de crise », n°10, 1979, p. 95-103 ; SCHMELCK Robert et PICCA Georges, « L'Etat face au terrorisme », *Pouvoirs*, « Les pouvoirs de crise », n°10, p. 53-64 ; GREWE Constance et KOERING-JOULIN Renée, *article précité*, p. 891-916.

<sup>50</sup> Cette loi ne s'appliquait pour le cas de *Hamdan*, car l'affaire était antérieure à la loi. Or le juge Stevens a indiqué dans la décision que cette loi de 2005 ne visait pas à être appliquée rétroactivement.

d'une nouvelle tendance : celle qui vise à la fin de la distinction du régime applicable aux nationaux et aux étrangers soupçonnés d'avoir commis des actes terroristes.

Il aurait été possible de penser que la fin d'une telle distinction aurait pu jouer en faveur des seconds, c'est-à-dire à la reconnaissance de nouveaux droits en faveur des étrangers. Or, malheureusement, l'évolution est tout à fait contraire. Le régime des nationaux tend de plus en plus à se rapprocher de celui des étrangers.

Pour illustrer cette évolution, il est possible de citer la décision de la Cour Suprême américaine du 28 juin 2004 : *Hamdi v. Rumsfeld*. Dans cette affaire il était question d'un citoyen américain capturé en Afghanistan et détenu pour une durée indéterminée. Or, sur la base du *USA Patriot Act*, l'Administration a été explicitement autorisée à placer uniquement en détention des suspects étrangers. Ainsi, il semblait que le cadre juridique établissait une certaine distinction entre les nationaux et les étrangers en faveur des premiers. Or cette distinction n'a été que faiblement consacrée par la Cour Suprême. Même si huit juges sur neuf se sont entendus pour imposer une certaine forme de limitation au pouvoir exécutif concernant le placement en détention des citoyens américains, cinq juges sur neuf ont reconnu une compétence en faveur de l'exécutif pour placer en détention des citoyens américains en se fondant sur une résolution commune adoptée par le Congrès. Il n'y a certes pas de carte blanche en faveur de l'exécutif du fait de l'existence d'une certaine forme de contrôle, cependant, la protection accrue des nationaux n'est pas renforcée.

Cette tendance aurait d'ailleurs pu être législativement confirmée si le *Domestic Enhancement Act* de 2003 avait été adopté. Ce projet de loi, également intitulé « *Patriot II* », établissait certes une distinction entre le régime applicable aux étrangers et celui concernant les nationaux. Mais cette distinction n'était, en réalité, que formelle, puisqu'en cas de soupçons de participation à une organisation terroriste, tout ressortissant américain pouvait se voir retiré sa nationalité sur simple décision administrative. Ainsi la frontière entre ces deux types de régimes aurait été très facilement franchissable.

La plus récente législation britannique confirme, quant à elle, clairement, cette tendance. L'adoption, le 11 mars 2005, du *Prevention of Security Act*<sup>51</sup> conduit clairement à l'extension à l'ensemble de la population de dispositions d'exception qui auparavant ne concernaient que les étrangers. En effet, cette loi, qui vient modifier la partie 4 de l'*Antiterrorism Crime and Security Act* de 2001, tire les conséquences de la décision suscitée de la Cour des Lords du 16 décembre 2004, mais non pas dans le sens d'une restriction des atteintes aux étrangers mais bel et bien dans le sens d'une généralisation de ces restrictions à tous, sans discrimination basée sur la nationalité. Ainsi, comme le résume parfaitement Jean-Claude Paye, cette loi « généralise la suspension du droit aux nationaux. Elle met fin à un double système d'organisation juridique : Etat de droit pour les nationaux et violence pure pour les étrangers »<sup>52</sup>.

Une des questions induites par cette généralisation de la législation d'exception ne concerne pas directement les terroristes mais les personnes soupçonnées à tort de tels actes. Il est vrai que ces personnes ne sont que très rarement visées dans les législations nationales. Or comme le souligne Bruce Ackerman, elles sont les

---

<sup>51</sup> PAYE Jean-Claude, « *The Prevention Security Act* britannique du 11 mars 2003 », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n°63, 1<sup>er</sup> juillet 2005, p. 635-647

<sup>52</sup> PAYE Jean-Claude, « *The Prevention Security Act* britannique du 11 mars 2003 », *article précité*, p. 645

principales victimes d'un régime d'urgence<sup>53</sup>. De la sorte ce chercheur préconise l'instauration, dans la Constitution, de mesures permettant de réparer les dommages de telles accusations. En plus de compenser les dommages subis, ces mesures auraient l'avantage de cantonner un peu plus l'action des autorités, les invitant ainsi, à se concentrer « sur ce qui est le plus vital dans une démocratie »<sup>54</sup>.

## Conclusion

La menace terroriste a semble-t-il bien ébranlé la Constitution. Il serait très exagéré de dire que la Constitution s'est vidée de son utilité, mais il serait également naïf de penser qu'elle est actuellement en mesure de protéger tous les citoyens à toute époque. Néanmoins, cette remise en question sur le rôle de la Constitution doit pouvoir nous conduire à pousser davantage notre réflexion.

En effet, si l'on compare la jurisprudence britannique et la jurisprudence américaine<sup>55</sup>, on remarque que la première est plus protectrice des droits des citoyens et qu'elle veille à la parfaite conciliation entre mesures sécuritaires et protection des libertés fondamentales. Mais comment parvient-elle à ce résultat ? Est-ce dû uniquement à la force obligatoire de la Convention Européenne des droits de l'Homme ?

La réponse à une telle question ne sera pas apportée ici mais elle mérite l'approfondissement des analyses allant dans ce sens, car ce n'est quand cherchant les raisons de ses lacunes que le droit progresse.

Ainsi, il faut parvenir à tirer de ces éléments négatifs des éléments positifs et constructifs à l'image des conséquences de la seconde guerre mondiale sur le droit international public et pénal. Ceci permettra peut-être de construire de nouveaux instruments juridiques ou tout du moins à repenser certaines de nos institutions, notamment la place et le rôle actuel des cours constitutionnelles.

---

<sup>53</sup> ACKERMAN Bruce, *article précité*.

<sup>54</sup> ACKERMAN Bruce, *article précité*.

<sup>55</sup> PAPAPOLYCHRONIOU Sophia, « Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme », communication au Vie Congrès de droit constitutionnel, Congrès de Montpellier, 9, 10, 11 juin 2005