

## LES LIMITATIONS DES DROITS FONDAMENTAUX EN PERIODE DE LUTTE CONTRE LE TERRORISME AU BURKINA FASO ET AUX ETATS-UNIS.

**Kibessoun Pierre Claver MILLOGO**

*Docteur en Droit public*

*Chercheur au Centre National de la Recherche Scientifique et Technologique (C.N.R.S.T.)  
à l'Institut des Sciences des Sociétés (I.N.S.S.)*

### **RÉSUMÉ**

Le terrorisme est une menace très ancienne qui existe depuis le premier siècle de notre ère. Mais ses formes actuelles ont varié et aujourd'hui on parle plutôt de terrorisme de masse ou d'hyper-terrorisme. Pour affronter cette menace, les Etats ont recours à divers procédés juridiques dont l'état de siège, l'état d'urgence, les pouvoirs exceptionnels des Chefs d'Etats et les législations d'exceptions.

Mais la question de la limitation des droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme est problématique. Elle entraîne bien souvent des dérives ainsi que les cas burkinabè et américain le démontrent.

Au total, il n'existe pas de hiérarchie entre les deux impératifs que sont la répression du terrorisme et la protection des droits fondamentaux. Dans un Etat de droit, les garanties sont les mêmes pour tous et les règles de l'Etat de droit visent à protéger la liberté des citoyens.

**Mots clés :** Terrorisme-Libertés-droits fondamentaux-Limitations-pouvoirs exceptionnels-Etat de siège-Etat d'urgence-extrémisme violent.

## INTRODUCTION

L'État moderne doit faire face à de nombreux défis contemporains parmi lesquels figure le terrorisme national et international<sup>1</sup>. Un peu partout à travers le monde, de nombreux Etats doivent affronter cette nouvelle menace qui affecte leur existence même. On peut mentionner, au titre des régions concernées depuis la nuit des temps, l'occident et des pays comme la France, les Etats-Unis ou encore le Royaume Uni. Au Sahel, la menace concerne désormais outre des pays tels que l'Algérie, la Tunisie, l'Egypte et la Mauritanie, le Niger, le Mali et le Burkina Faso ou encore la Cote d'Ivoire et plus récemment le Togo et le Bénin.

Mais les Etats ne sont pas démunis face au terrorisme. Ils essayent de l'affronter en encadrant les droits fondamentaux et en les limitant allant même parfois à contre-courant des principes parfois fondamentaux de l'Etat de droit<sup>2</sup>. Selon le système de droit auquel se rattachent les différents Etats, ils peuvent ou bien user des dispositions constitutionnelles comme dans les pays de tradition romano-germanique ou bien user des législations

spécifiques dans les pays de Common law. Il en résulte de nombreuses violations des droits fondamentaux qui sont relevées le plus souvent par les activistes ou les ONG de défense des droits humains<sup>3</sup> présents dans de nombreux pays à travers le monde. Mais la question prend un relief particulier lorsque ce sont les autorités gouvernementales qui prônent en même temps le discours de l'Etat de droit qui sont en même temps à l'origine de ces violations des droits fondamentaux. La question donc des limitations des droits fondamentaux en période de lutte antiterroriste n'est pas la question des limitations habituelles des droits fondamentaux. Elle est problématique.

La limitation des droits fondamentaux renvoie à l'idée de restreindre dans le but de priver certains individus ou tous les individus du bénéfice de certains droits. La limitation des droits est un pouvoir souverain de l'Etat sous réserve des Conventions internationales lesquelles mentionnent certains droits intangibles qui ne peuvent faire l'objet de restrictions quelque soient les circonstances y compris la lutte contre le crime organisé ou la lutte contre le terrorisme national et international<sup>4</sup>. Selon la Convention

---

<sup>1</sup> Pierre Claver Millogo, *Le droit au procès équitable à l'épreuve de la répression du terrorisme international : apports et influences de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Ouagadougou, Harmattan, octobre 2017, 216p.

<sup>2</sup> Jacques Chevallier, *L'Etat de droit*, Paris, P.U.F., 1992, 160p.

---

<sup>3</sup> Human Rights Watch, Amnesty International, la FIDH, le MBDHP notamment.

<sup>4</sup> Cf la loi du 6 juin 2022 portant habilitation du gouvernement de la Transition du Burkina à

européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>5</sup> et la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>6</sup> à laquelle le Burkina Faso est partie, les droits intangibles quelque soient les circonstances sont : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage et la non rétroactivité de la loi pénale. Selon ces conventions internationales, en aucun cas les procès ne devraient être inévitables même en matière de lutte antiterroriste. La notion de droits de l'Homme a fait l'objet d'une littérature immense<sup>7</sup>. La notion contemporaine est celle des droits fondamentaux. Le concept

de droits fondamentaux n'a rien de simple. Son apparition dans le langage juridique français est plutôt récente<sup>8</sup>. La notion de droit fondamental est d'origine allemande. A ce sujet, les auteurs rappellent très souvent la filiation qui existe entre les droits fondamentaux et les *Grundrechte* allemands. C'est ainsi que Louis Favoreu expliquait que cette expression avait un sens précis prévu par la Constitution en Allemagne fédérale<sup>9</sup>. Il s'agit de l'idée que les droits fondamentaux représentent une catégorie générique, une catégorie regroupant l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement protégés. C'est une acception différente de celle retenue en Allemagne où tous les droits constitutionnels ne sont pas qualifiés de *Grundrechte* par la Loi fondamentale<sup>10</sup>. En droit allemand, la qualification de droit fondamental entraîne une protection spécifique caractérisée par le recours de l'art.93 al.4a de la Loi fondamentale, recours qui permet à toute personne lésée dans l'un de ses droits de saisir la Cour constitutionnelle. Dans ce pays, les droits

---

prendre des mesures dans le cadre des sujétions liées aux nécessités de la défense nationale.

<sup>5</sup> Art 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et les libertés fondamentales (C.E.D.H.).

<sup>6</sup> art 7 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (C.A.D.H.P.).

<sup>7</sup> David Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, coll. « Biblio. Constitutionnelle et de science politique », t.87, 2001, p.3 ; Louis Favoreu, « Rapport général introductif », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Louis Favoreu (dir.), Paris, Aix-en-provence, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.41 ; Michel Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp.49-64 ; François Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », in Louis Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, op. cit., 1982, p.236 ; v. aussi Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA numéro spécial, Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998, pp.6-42 ; Andreas Auer, « Les droits fondamentaux », in *Pouvoirs* n°43, 1987, p.87.

---

<sup>8</sup> Ils remontent à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

<sup>9</sup> Louis Favoreu, « Rapport général introductif », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Louis Favoreu (dir.), Paris, Aix-en-provence, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.41.

<sup>10</sup> C'est le cas de la liberté de constituer des partis politiques consacrée à l'art.21 al.1 de la Loi fondamentale qui n'appartient ni à la liste des droits fondamentaux ni à celle des droits identiques ou assimilable à des droits fondamentaux de l'art. 93 al.4a..

fondamentaux sont vus avant tout comme catégorie spécifique de droits subjectifs constitutionnels et qualifiés comme tels par la Loi fondamentale<sup>11</sup>. Selon le lexique des termes juridiques, le terrorisme est l'ensemble d'infractions limitativement énumérées dans le Code pénal, qualifiées ainsi, lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur<sup>12</sup>. L'effet essentiel de cette qualification est, d'une part, d'augmenter d'un degré dans l'échelle des peines les sanctions privatives de liberté encourues, d'autre part, de soumettre ces infractions à des règles de procédure particulières (compétence, garde à vue, détention provisoire<sup>13</sup>, etc.). Sont également incriminées la provocation et l'apologie du terrorisme. Il en est de même du fait de participer à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme ou encore de le financer. Plus récemment, une loi française du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme a incriminé le fait d'adresser des offres ou des promesses à une personne, de

lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques ou encore de la menacer ou de faire pression sur elle pour qu'elle participe à un groupement formé ou une entente établie pour réaliser des actes terroristes ou qu'elle commette un des actes de terrorisme alors même que cette provocation ne serait pas suivie d'effet<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Serge Guinchard, Thierry Debarb, *Lexique des termes juridiques op. cit.*, p.916 ; Confère aussi *Code pénal français, arts. 421-1 et 421-2-1 à 421-2-4; Code de procédure pénale, arts. 706-16 s. ; Cf. aussi* Section IV-3 et annexe8 II de la loi de 2000 ; définition Onusienne en 2005 par Koffi ANAN : «Tout acte outre les actes déjà visés dans les conventions en vigueur sur les différents aspects du terrorisme, les Conventions de Genève et la résolution 1566 (2004) du Conseil de sécurité, commis dans l'intention de causer la mort ou des blessures graves à des civils ou à des non combattants, qui a pour objet, par sa nature ou son contexte, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire. ». A noter ici le caractère vague de la caractéristique retenue : « par sa nature ou son contexte ». Cette définition est issue de l'art. 2 de la Convention onusienne pour la répression du financement du terrorisme de 1999. L'affaire Ayyash et autres jugée par le Tribunal spécial pour le Liban le 18 août 2020 donne des esquisses de définition de la notion de terrorisme mais recèle des mêmes difficultés de définition. Il y a également une difficulté à élaborer une définition strictement juridique du terrorisme dont on sait que de son étendue dépendront les effets juridiques qui en découleront. C'est ce que relate Edward Peck (ancien chef de mission américain en Irak et ambassadeur en Mauritanie dans une interview du 28 juillet 2006: « En 1985, quand j'étais directeur adjoint de la Task Force sur le terrorisme de Reagan, [...] ils nous ont demandé de produire une définition du terrorisme qui pourrait être utilisée par tout le gouvernement. En effet, à un moment ou un autre, les gouvernements se sont eux-mêmes livrés à des activités pouvant être qualifiées de terroristes suivant l'une ou l'autre des définitions existantes d'où la difficulté d'établir une définition universelle », Interview du 28 juillet 2006, [www.democracynow.org/2006/7/28/national\\_exclusive\\_hezbollah\\_leader\\_hassan\\_nasrallah](http://www.democracynow.org/2006/7/28/national_exclusive_hezbollah_leader_hassan_nasrallah).

---

<sup>11</sup> David Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, coll. « Biblio. Constitutionnelle et de science politique », t.87, 2001, p.3.

<sup>12</sup> Serge. Guinchard, Thierry. Debarb, *Lexique des termes juridiques 21<sup>e</sup> éd.*, Paris, Dalloz, 2014, p.916.

<sup>13</sup> Les procédures ainsi décrites sont particulières en ce sens qu'elles sont dérogoires au droit commun.

La question des limitations des droits fondamentaux dans le cadre de lutte contre le terrorisme sera abordée dans le cadre du Burkina Faso en raison du fait que le pays est confronté à ce fléau dont il peine à se débarrasser depuis plusieurs années et que la question y est d'une actualité brûlante. Le cas américain s'explique par le fait que ce pays a été confronté aux plus graves attaques terroristes enregistrées par un Etat à ce jour et que les réactions juridiques et judiciaires des autorités américaines pour contrer la menace, et en particulier les atteintes aux droits fondamentaux ont été inédites. L'étude portera sur ces deux pays principalement. Mais des références au droit comparé notamment français seront faits en cas de besoin. Cette étude portera sur la période qui va des débuts du terrorisme à l'époque actuelle et cela pour mieux cerner l'évolution, l'ampleur du phénomène afin de comprendre davantage les réactions inédites des Etats étudiés pour faire face au phénomène à travers la restriction des droits fondamentaux.

La question de la limitation des droits fondamentaux face au terrorisme n'est pas nouvelle<sup>15</sup>. En effet, depuis que le terrorisme se présente comme une menace pour la survie même de l'Etat, les Etats n'hésitent pas à recourir aux mesures restrictives des droits fondamentaux afin

---

<sup>15</sup> Andreas Auer, « Les droits fondamentaux », in Pouvoirs n°43, 1987, p.87.

de faire face au phénomène. En France, en Allemagne<sup>16</sup>, aux Etats-Unis et au Burkina, les dispositifs juridiques que sont l'Etat de siège depuis 1848, l'Etat d'urgence depuis 1955 en France, aux Etats Unis depuis les attentats de New York en 2001 et au Burkina depuis fin 2014 avec la chute du régime Compaoré, ces différents Etats ont eu recours à ces mesures restrictives des droits fondamentaux qui n'ont pas été exclusives d'autres mesures telles que les restrictions de la liberté d'aller et de venir, de réunion, de manifestation, de la presse, d'expression, d'opinion<sup>17</sup>. Il convient de mentionner aussi les pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat qui ont été utilisés une fois en 1962 en France.

Il existe plusieurs textes qui encadrent la question de la limitation des droits fondamentaux dans le cadre de lutte contre le terrorisme. En France, au Burkina, aux Etats-Unis, les Constitutions de ces pays prévoient des dispositifs pour encadrer la question. Par exemple, l'Etat de siège, l'Etat d'urgence et les pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat sont encadrés par les Constitutions française et

---

<sup>16</sup> Michel Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp.49-64.

<sup>17</sup> Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA numéro spécial, Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998, pp.6-42.

burkinabè<sup>18</sup>. Dans le cas américain, la Constitution ne prévoit pas expressément le dispositif mais suite aux attentats de New York en 2001, le Président de l'époque Georges W. Bush avait réussi à convaincre le Congrès américain de voter le USA Patriot Act qui permettait de prendre toute une série de mesures pour faire face à la situation. Dans le cas burkinabè, c'est une loi du CNT de 2015 qui encadre la lutte antiterroriste au Burkina. Mais plus récemment, en juin 2022, la junte militaire au pouvoir a réinstauré l'Etat d'urgence dans certaines régions du pays avec des mesures comme le couvre-feu mais surtout elle a obtenu le vote d'une loi d'habilitation législative afin de créer des zones dites d'intérêt militaire dans le Sahel et dans l'Est du pays pour faire face au phénomène.

Cette étude peut être menée sous plusieurs angles : d'abord, la question peut être étudiée sous l'angle des théories développées pour justifier les limitations aux droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Ensuite, l'étude peut être menée pour déterminer le rôle des droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme. En outre, il est possible d'envisager l'étude sous l'angle des répercussions de la répression du terrorisme sur la sécurité intérieure et les

droits fondamentaux. Enfin, et c'est l'angle d'attaque choisi, il est possible d'envisager la question sous l'angle de l'impact de la répression du terrorisme sur le respect des droits fondamentaux. Cette étude est plus pertinente et juridiquement justifiée parce qu'elle permet de comprendre comment les besoins de sécurité nationale et de protection de l'ordre public peuvent justifier la prise de mesures liberticides parfois inédites dans l'histoire de certains pays. Elle permet de confronter les impératifs de sécurité nationale et de protection des droits fondamentaux.

Quelles sont les limitations des droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme ? Comment les Etats encadrent-ils sur les plans législatif et constitutionnel les droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? Quelles sont les violations des droits fondamentaux qui résultent de cette lutte contre le terrorisme ?

Il est intéressant à plus d'un titre de mener cette étude plutôt qu'une autre. Sur le plan théorique, elle permet de comprendre les justifications et les différentes théories qui ont été développées pour justifier les interventions des Etats dans le domaine des droits fondamentaux en justifiant les restrictions apportées à ces droits<sup>19</sup>. Elle

<sup>18</sup> Art.158 et 159 de la Constitution burkinabè par exemple.

<sup>19</sup> François Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits*

permet aussi de comprendre pourquoi les théories de la raison d'Etat, de la sécurité nationale et de préservation de l'ordre public occupent une place importante dans les choix gouvernementaux en matière de répression du terrorisme. Sur un plan pratique, cette étude permet de mesurer l'impact réel des interventions de l'Etat dans la vie privée des individus et notamment les effets sur la vie de tous les jours. Elle permet de confronter les théories de la raison d'Etat à l'aune d'autres impératifs tout aussi importants qui sont la protection des droits fondamentaux même dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international.

Il est donc important au regard de ce qui précède de porter l'attention sur les moyens utilisés par les Etats pour restreindre les droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme<sup>20</sup>. Ces moyens peuvent être légaux ou illégaux mais il convient de s'intéresser aux moyens légaux qui sont propres au droit et qui consistent en des encadrements constitutionnel et législatif des droits fondamentaux (I). Ensuite, il sied de

s'intéresser aux violations des droits fondamentaux qui nécessairement en résultent car comme le dit l'adage « il est difficile de faire des omelettes sans casser des œufs ». Ces violations sont l'œuvre de dispositifs juridiques qui dans leurs applications sont sources d'atteintes aux droits fondamentaux (II).

### **I- Les réglementations constitutionnelles et législatives des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte antiterroriste au Burkina Faso et aux Etats-Unis**

Les limitations des droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme sont juridiquement encadrées. Il existe divers mécanismes à cet effet mais il convient de s'intéresser particulièrement aux réglementations d'ordre constitutionnel (A) et aux réglementations d'ordre législatif (B). Il convient de préciser que même si l'étude porte sur les droits du Burkina Faso et des Etats-Unis d'Amérique, des références seront faites en droit comparé notamment français.

---

*fondamentaux, op. cit.*, 1982, p.236 ; Cf. aussi Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA numéro spécial, Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998, pp.6-42.

<sup>20</sup> Thomas Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ., coll. "Biblio. Constitutionnelle et de science politique", t.112, 2003, pp.72-73.

## A- Les réglementations constitutionnelles

Il s'agit ici d'étudier les législations d'exceptions<sup>21</sup>. Elles concernent des situations où les droits fondamentaux font l'objet de restriction ; une restriction prévue et organisée par la Constitution. Selon le degré de la menace et l'ampleur des restrictions, on distingue entre la situation où l'essentiel des pouvoirs est confié aux autorités militaires<sup>22</sup> et la

situation où il est confié aux civils (Gouvernement<sup>23</sup> ou Chef de l'Etat<sup>24</sup>). Mais la notion même de législation d'exception n'a rien de simple et elle mérite d'être étudiée de même que son champ d'application.

<sup>21</sup> Il s'agit ici de législations mais qui sont contenues dans les Constitutions. C'est pourquoi elles sont mentionnées dans les réglementations constitutionnelles. Il en va ainsi de l'Etat de siège et de l'Etat d'urgence.

<sup>22</sup> En France, il s'agit de la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège. Cette loi est étudiée parce qu'elle a considérablement renforcé les pouvoirs du gouvernement français de l'époque. L'adoption des législations d'exception traduit une volonté du législateur ou du Constituant d'affronter les crises dans la légalité quoique d'exception<sup>22</sup>. Les entorses fréquentes à la loi de 1849 pendant la grande guerre<sup>22</sup> que le juge a validées dans sa jurisprudence des circonstances exceptionnelles montrent que la capacité d'action des gouvernants est considérablement élargie sous l'empire des législations d'exception. Ces dernières apportent une réponse ponctuelle à un péril précis. Ces mesures sont adoptées soit dans l'évidente nécessité ou pour l'évidente nécessité. L'affaire *Delmotte* de 1915 illustre la quasi disparition de toute limitation de l'administration qui a agi en vertu de la loi de 1849. L'autorité militaire avait fermé un débit de boissons au motif qu'il pouvait interdire les « réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre ». Cette fermeture était peut-être nécessaire, mais le moyen qu'offrait la loi aurait semblé notoirement insuffisant sans la conviction du Conseil d'Etat qu'elle l'était, à l'image de son commissaire du gouvernement (Corneille) qui conteste « formellement la méthode consistant à interpréter l'étendue des pouvoirs exceptionnels conférés par l'art.9 de la loi du 9 août 1849 au moyen d'une référence à la législation du temps de paix, du temps normal ». Loin de « s'adosser aux autres lois sur les garanties individuelles », une loi extraordinaire « a pour but de contrecarrer ces textes en bloc, en substituant à

l'état de droit ordinaire un état exceptionnel s'adaptant, lui, aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent, forment l'amènent, et indubitablement le justifient » ; *Recueil CE*, p.278.

<sup>23</sup> L'article 58 de la Constitution burkinabè de 1991 dispose que le Président du Faso décrète, après délibération en Conseil des ministres, l'état de siège et l'état d'urgence ; Kourita Sandwidi, « Les juridictions d'exception en Haute Volta », *Revue voltaïque de droit*, n°5, février 1984, pp.7-25 : le tribunal spécial a été créé par l'ordonnance n°67-24 PRES du 6 mai 1967 ; la Cour de sureté de l'Etat a été créée par l'ordonnance n°75-19 PRES-J du 18 avril 1975 et la Cour spéciale du Conseil de Salut du Peuple a été créée par une ordonnance du 18 mai 1983 ; Cf. aussi Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions du Seuil, 2006; Carl Rossiter, (1948), *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Library of Congress, 2009.

<sup>24</sup> Cf. Marie Voisset, *L'article 16 et la Constitution du 04 octobre 1958*, 1969 qui traite des pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat. Il faut souligner que toutes les décisions de fond prises en vertu de l'article 16 pendant son application (23 avril- 29 septembre 1961) ont été suspensives ou modificatives de règles législatives gouvernant les libertés publiques de l'ensemble des citoyens ou des seuls agents publics. Par ailleurs, la Constitution comme la pratique montrent que le seul contrôle réel de l'application de l'article 16 est la mise en accusation du Président de la République devant la Haute cour. C'est pour la permettre en toute hypothèse que, pendant la durée d'application de l'art.16, l'Assemblée nationale ne peut être dissoute (Gerard Berlia, « Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application », *RD.P.* 1962, p.288)

## 1-Les législations d'exception et leurs contenus<sup>25</sup>

Les législations d'exception renvoient aux états de nécessité qui eux-mêmes renvoient aux circonstances exceptionnelles, mais à l'échelon supérieur de la hiérarchie des normes. Il n'existe pas de formule précise en Droit constitutionnel pour rendre compte de l'état d'exception<sup>26</sup>. Les constitutionnalistes se préoccupent essentiellement des moyens juridiques de contrôle des pouvoirs de crise. Ils admettent qu'il existe des situations où une marge de manœuvre plus ou moins large doit être aménagée aux gouvernants. Leur problématique consiste à tracer une nouvelle limite entre impératifs d'efficacité et contrôle des pouvoirs étendus. Cette limite existe et sa découverte est à la portée du juriste. Cette prise de position de la doctrine fait suite au constat fait pendant la première guerre mondiale de l'accroissement souvent illégal des pouvoirs de l'exécutif illustré par le

recours à la législation déléguée. Elle résulte aussi du constat fait dans les années 1960 du pouvoir du Président de la République de qualifier une situation de crise et d'estimer lui-même la durée d'application des pouvoirs y correspondant qui sont prévus par l'art.16 de la Constitution. L'état de nécessité ne doit cependant pas être confondu avec les législations d'exception compte tenu de la nécessité de fixer des bornes aux pouvoirs exceptionnels<sup>27</sup>. En cas de péril, la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels prévus par les textes ne donne lieu à aucune violation, il s'agit de l'exercice normal des compétences exceptionnelles. Lorsqu'on théorise l'état d'exception, cela suppose qu'il n'existe pas de disposition juridique autorisant l'extension exceptionnelle des pouvoirs dans le cas considéré. Lorsque le législateur adopte des dispositions d'exception, il suppose que la Constitution l'y autorise<sup>28</sup>.

L'état de nécessité suppose toujours une situation non prévue par la Constitution ; il est imprévisible par définition. Il est aussi souvent défini de manière très vague. Par

<sup>25</sup> Ces législations d'exception sont contenues dans les Constitutions et sont utilisées à ce titre comme armes juridiques de lutte contre le terrorisme dans les pays étudiés.

<sup>26</sup> L'expression la plus fréquemment employée est celle de « nécessité ». Joseph Barthelemy emploie parfois seul ce mot (Joseph Barthelemy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1933), Paris, Economica, 1985, p.242 et svts. Léon Duguit préfère « règlements de nécessité » lorsqu'il évoque l'empiètement de l'exécutif sur la fonction législative (*Traité de droit constitutionnel t.3*, Paris, Fontemoing, 1921-1925, p.748 et svts). Géneviève Camus parle d'« état de nécessité » (Géneviève Camus, *L'état de nécessité en démocratie*, thèse, Paris, R. Pichon, R. Durand-Auzias, LGDJ., 1965).

<sup>27</sup> Carl Schmitt rappelle la différence de nature entre l'état de nécessité et l'art.48-2 de la Constitution de Weimar dans *Die Diktatur des Reichspräsident nach Artikel 48 der Weimar Verfassung*, dans *Die Diktatur*, p.213-259, cité par F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF., 2001, p.16

<sup>28</sup> Ce n'est pas toujours le cas. Par ex. l'art.106 de la Constitution de 1848 prévoit l'adoption d'une loi sur l'état de siège.

définition imprévisible, l'état de nécessité ne peut être défini de manière précise<sup>29</sup>. L'état de nécessité suppose la conjonction d'une infraction aux règles constitutionnelles, d'une circonstance de crise et la poursuite d'une finalité jugée supérieure. Dans cette configuration, ce sont les droits fondamentaux protégés par la Constitution qui sont susceptibles d'être violés dans un premier temps. Il y a une concentration excessive des pouvoirs entre les mains de l'exécutif dans un second temps<sup>30</sup>. Plus largement, on évoque une action contraire aux règles positives formulées pour régir le fonctionnement normal des pouvoirs publics.

Mais qu'en est-il du contenu des législations d'exception ? L'adoption des législations d'exception traduit une volonté du législateur ou du Constituant d'affronter les crises dans la légalité quoique d'exception. Les entorses fréquentes à la loi de 1849 pendant la grande guerre<sup>31</sup> que le juge a validées dans sa jurisprudence des circonstances exceptionnelles montrent que la capacité d'action des gouvernants est

considérablement élargie sous l'empire des législations d'exception. Ces dernières apportent une réponse ponctuelle à un péril précis. Ces mesures sont adoptées soit dans l'évidente nécessité<sup>32</sup> ou pour l'évidente nécessité<sup>33</sup>. Il y a une difficulté à distinguer entre « lois de police et de sûreté » et les autres. La situation devient plus complexe lorsqu'on intègre la conception de la loi lors de son adoption. La patrie en danger<sup>34</sup> est un décret encadrant l'état d'exception, la loi sur le maximum de grains et de farines<sup>35</sup> est une simple mesure et le plan *Vigipirate*<sup>36</sup> est réglementaire et son contenu classé confidentiel défense même s'il organise un dispositif exceptionnel.

Les lois d'exception prises dans l'état d'exception comprennent la quasi-totalité des mesures prises sous la Révolution sous forme de décrets ou de lois<sup>37</sup>. On y rajoute également les mesures qui donnent des pouvoirs élargis à l'exécutif ou tendent à réprimer immédiatement aux XIXe et XXe siècles. C'est le cas du Sénatus-consulte,

<sup>29</sup> Carl Schmitt, *Théologie politique I*, p.17

<sup>30</sup> Léon Duguit, *op. cit.*, t.3, p.753 ; Geneviève Camus, *op. cit.*, p.23

<sup>31</sup> Dans l'arrêt CE 6 août 1915, Delmotte, le juge se livre à une interprétation très extensive justifiée par les circonstances exceptionnelles de l'art.9 de cette loi. Cet arrêt montre que, au motif de la théorie de l'Etat d'exception, le juge ne sanctionne pas une violation d'une loi elle-même d'exception. L'administration aurait-elle agit sans que la loi de 1849 ne lui serve de paravent, la jurisprudence des circonstances exceptionnelles eût suffi pour que le juge s'en interdise toute sanction.

<sup>32</sup> Mesure de crise en forme de loi

<sup>33</sup> Dispositif d'encadrement des crises

<sup>34</sup> 11 juillet 1792

<sup>35</sup> 4 mai 1793

<sup>36</sup> T. Chetrit, « Le plan Vigipirate : une illustration de la coopération civilo-militaire dans le domaine de la sécurité », *Droit et défense n°4*, 1995, p.58

<sup>37</sup> Par ex. les lois du 11 août 1792 (les municipalités sont chargées de la « police de sûreté générale », c'est-à-dire des crimes et délits contre la chose publique, Cf. *Duv*, t.4, p.348-349) et de la même date sur la réparation des faits de guerre (principe de la responsabilité de l'administration qui viendrait à violer les droits fondamentaux de l'individu et sur le secours dû aux victimes de faits de guerre, *Ibid*, p.350-351).

décision du Sénat prise sans le concours des autres assemblées et qui a été édicté pour la première fois sur ordre de Bonaparte suite à l'attentat royaliste de la rue Saint-Nicaise le 24 décembre 1800. Il y a aussi les lois de 1834 contre les crieurs de journaux et les associations<sup>38</sup> et la loi de sureté générale du 27 février 1858 qui à la suite de l'attentat d'Orsini contre Napoléon III donne au ministre de l'intérieur le droit de déporter ou d'interner sur simple décision administrative.

Les lois adoptées pour l'état d'exception sont également nombreuses<sup>39</sup>. Parfois l'exécutif a été habilité à intervenir dans le domaine législatif<sup>40</sup>.

Les habilitations constitutionnelles permettent ainsi selon des géométries variables de confier divers pouvoirs aux autorités habilitées.

## 2-Des habilitations constitutionnelles<sup>41</sup> à géométries variables

Lorsque l'essentiel des pouvoirs est exercé par des autorités civiles, on parle soit d'état d'urgence soit d'exercice par le chef de l'Etat des pouvoirs exceptionnels. Par contre, lorsque ce sont des militaires qui exercent l'essentiel des pouvoirs, on parle plutôt d'état de siège. L'état de siège est régi en France par la loi du 9 août 1849. Son institution en France à l'époque dans un autre contexte traduisait la volonté du Gouvernement français de renforcer ses pouvoirs. L'adoption des législations d'exception traduit une volonté du législateur ou du Constituant d'affronter les crises dans la légalité quoique d'exception<sup>42</sup>. Les entorses fréquentes à la loi de 1849 pendant la grande guerre<sup>43</sup> que le juge a validées dans sa jurisprudence des

<sup>38</sup> Loi du 10 avril 1834 sur les associations, Cf. *Duv.*, t.34, pp.58-64

<sup>39</sup> Le décret des 21 octobre-21 novembre 1789 dit « loi martiale », la loi du 10 fructidor an V « qui détermine la manière dont les communes de l'intérieur de la République pourront être mises en état de guerre ou de siège », la loi du 09 août 1849 sur l'état de siège, l'art.12 de la Constitution du 14 janvier 1852 modifiant l'autorité compétente pour l'appréciation de la déclaration de l'état de siège.

<sup>40</sup> Loi du 5 août 1914 qui accorde des crédits à l'ouvrier « par décrets pour les besoins de la défense nationale » ; la loi du 10 février 1918 qui dispose que « pendant la durée de la guerre, des décrets pourront régler ou suspendre, en vue d'assurer le ravitaillement national » ; la dictature de Cavaignac du 23 au 26 juin 1848.

<sup>41</sup> C'est la Constitution qui mentionne les états de siège et d'urgence et par conséquent habilite les autorités investies des pouvoirs de ces états d'exception à les mettre en œuvre lorsque certaines circonstances se présentent.

<sup>42</sup> Armel Le Divillec, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Eléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in Olivier Beaud, Pasquale Pasquino (dir.), *La Controverse sur "Le Gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, L.G.D.J. / Editions Panthéon-Assas, 2007, pp. 33-79.

<sup>43</sup> Dans l'arrêt CE 6 août 1915, *Delmotte*, le juge se livre à une interprétation très extensive justifiée par les circonstances exceptionnelles de l'art.9 de cette loi. Cet arrêt montre que, au motif de la théorie de l'Etat d'exception, le juge ne sanctionne pas une violation d'une loi elle-même d'exception. L'administration aurait-elle agit sans que la loi de 1849 ne lui serve de paravent, la jurisprudence des circonstances exceptionnelles eût suffi pour que le juge s'en interdise toute sanction.

circonstances exceptionnelles montrent que la capacité d'action des gouvernants est considérablement élargie sous l'empire des législations d'exception. Ces dernières apportent une réponse ponctuelle à un péril précis. Ces mesures sont adoptées soit dans l'évidente nécessité<sup>44</sup> ou pour l'évidente nécessité<sup>45</sup>. Il y a une difficulté à distinguer entre « lois de police et de sureté » et les autres. L'intérêt d'examiner cette loi se situe dans le renforcement des pouvoirs du Gouvernement qu'elle a occasionné. En France, dans les zones où l'état de siège entre en vigueur, l'autorité militaire se voit conférer tous les pouvoirs de police qu'elle décide d'exercer<sup>46</sup>. Les militaires disposent de compétences nouvelles limitativement énumérées : ils peuvent procéder à des perquisitions de jour comme de nuit au domicile des particuliers, éloigner les individus non-résidents des zones soumises à l'état de siège, récupérer les armes et interdire les publications et réunions qui paraissent de nature à troubler l'ordre public. Certains crimes ou délits commis par des civils sont jugés par les tribunaux militaires dont la compétence est plus étendue en cas de guerre étrangère qu'en situation insurrectionnelle. L'état de siège

en sourdine, l'« ersatz » d'état de siège dépend totalement du pouvoir discrétionnaire du Gouvernement<sup>47</sup>. L'intervention du Parlement déjà tardive risque d'être privée d'effets. L'état de siège en droit burkinabè est déclaré en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée. Il implique l'accroissement des pouvoirs réglementaires et de police mais aussi le transfert à l'autorité militaire des pouvoirs de maintien de l'ordre normalement dévolus à l'autorité civile. L'autorité militaire est en outre investie de certains pouvoirs dont ne disposerait, pas en temps normal l'autorité civile : possibilité de perquisitions de jour comme de nuit au domicile des citoyens, l'interdiction des publications et des réunions jugées de nature à exciter ou à entretenir le désordre, la possibilité de mettre en place des tribunaux d'exception qui pourraient se voir confier la compétence de juger certains crimes et délits commis pendant cette période. L'Etat d'urgence a été créée par une loi du 03 avril 1955 et est déclaré pour tout ou partie du territoire par le Gouvernement soit « en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à

<sup>44</sup> Mesure de crise en forme de loi

<sup>45</sup> Dispositif d'encadrement des crises

<sup>46</sup> Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Editions du Seuil, 2006; Carl Rossiter, (1948), *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Library of Congress, 2009.

<sup>47</sup> Art. 17 als. 6 et 7 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 qui constitue une véritable charte de la défense nationale et permet au Gouvernement de prendre toutes les mesures nécessaires ; Cf. Otto Mayer 1903, *Le droit administratif allemand*, préf. Henry Berthélemy, Paris, C. Giard & E. Brière, t. 1, 1906, 318 p., t. 4, 405 p..

l'ordre public », soit lorsque des événements présentent « le caractère d'une calamité publique ». Il ne peut être prorogé au-delà de douze jours que par une loi et cesse de s'appliquer soit à la date prévue par cette loi, soit quinze jours après la démission du Gouvernement ou la dissolution de l'Assemblée nationale. Le maintien de l'ordre revient aux autorités civiles. Elles reçoivent des compétences nouvelles selon que l'état d'urgence est déclaré ou appliqué. Dans les zones où il est déclaré, le préfet du département ou le ministre de l'Intérieur, selon les cas, peuvent apporter de nombreuses restrictions à la liberté de circulation et de séjour des particuliers, prescrire la remise des armes ou même exercer un contrôle sur les « mass-media » ou l'organisation des spectacles. La déclaration d'état d'urgence ouvre en outre le droit de réquisition, prolonge les délais de garde à vue et permet aux tribunaux militaires de revendiquer le cas échéant, la poursuite des crimes et délits relevant des cours d'assises et commis par des civils, l'assignation à résidence, la fermeture des lieux ouverts au public.

L'état d'urgence est visé par l'art. 58 de la Constitution burkinabè. Les mesures prises sont décrétées par le Chef de l'Etat en Conseil des ministres. Comme l'état de siège, c'est un régime restrictif des libertés et est décrété en principe pour quinze jours

mais peut être prorogé au-delà de ce délai à la seule autorisation de l'Assemblée nationale qui se réunit de plein droit en session extraordinaire si elle n'est pas réunie. L'état d'urgence est déclaré lorsque des atteintes graves mettent en péril l'ordre public, que les menées subversives risquent de compromettre la sécurité intérieure ou lorsque surviennent des événements présentant un caractère de calamité publique. Dans ce cas l'autorité civile reste compétente mais elle bénéficie de pouvoirs accrus. Les autorités administratives sont investies du pouvoir de restreindre les libertés d'aller et de venir ou encore la liberté de réunion. Elles peuvent décider de la fermeture des lieux publics, de réquisitionner les personnes et les biens. Dans certains cas, le décret déclaratif de l'état d'urgence peut conférer aux autorités administratives le droit de contrôler l'information, de procéder à des perquisitions et même de prononcer l'internement administratif. En droit burkinabè, les pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat burkinabè sont régis par l'art.59 de la Constitution burkinabè qui dispose : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution de ses engagements sont menacés d'une manière grave et immédiate et/ ou que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le

Président du Faso prend, après délibération en Conseil des ministres, après consultation officielle des présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel, les mesures exigées par ces circonstances. Il en informe la nation par message. En aucun cas, il ne peut être fait appel à des forces armées étrangères pour intervenir dans un conflit intérieur. L'Assemblée nationale se réunit de plein droit et ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels ». Cette disposition de la Constitution burkinabè répond à une double nécessité de doter le Président du Faso de pouvoirs exceptionnels propres à garantir la sauvegarde de la République en cas de crise grave menaçant ses institutions, et d'écarter l'exercice abusif et prolongé de ces pouvoirs par l'entremise de l'Assemblée nationale et le cas échéant par la juridiction constitutionnelle.

Le recours aux pouvoirs exceptionnels par le Chef de l'Etat est subordonné à la constatation d'un état de crise dans le pays et à l'accomplissement de certaines conditions de forme par le Chef de l'Etat : il faut d'abord que les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux soient menacés d'une manière grave et immédiate. Il faut ensuite que le fonctionnement régulier des pouvoirs

publics soit interrompu. Lorsque ces deux conditions sont réunies, le Chef de l'Etat peut mettre en œuvre les pouvoirs spéciaux dont il dispose après consultation officielle des présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel. Il en informe la nation par message. Les mesures prises par le Président du Faso doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les plus brefs délais, les moyens d'accomplir leur mission. La Constitution interdit formellement la perpétuation de la concentration de la puissance publique entre les mains d'une seule et unique personne comme ce fut le cas sous les régimes de parti unique. Un contrôle politique est exercé par le Parlement qui se réunit de plein droit en session extraordinaire et ne peut être dissout. L'Assemblée nationale fixe dans ce cas un délai au-delà duquel le Président de la République ne pourra plus exercer ses pouvoirs exceptionnels. Ce sont là les seules limitations aux pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat. L'Assemblée nationale et le Conseil constitutionnel ne peuvent pas participer aux décisions de nature législative prises par le Président ou juger de leur opportunité<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Décision DCC 27-94 de la Cour constitutionnelle béninoise du 24 août 1994 : « La décision de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels est un pouvoir

Il existe aussi des encadrements législatifs en plus des dispositifs constitutionnels.

## **B- Les encadrements législatifs**

Ces encadrements consistent en des législations qui sont votées dans les différents pays étudiés pour régir les modalités de la limitation des droits fondamentaux dans le contexte de la lutte contre le terrorisme car les Constitutions ne peuvent prévoir jusque dans les détails les aspects opérationnels et matériels de cette lutte. L'objet de ces législations est de préciser les modalités pratiques de la limitation des droits fondamentaux. Les deux pays qui seront étudiés ici sont les Etats-Unis (1) et le Burkina (2).

### **1- Les législations antiterroristes aux États-Unis**

Les Etats-Unis ne connaissent pas de régime juridique applicable spécialement aux situations d'exception. Certes au niveau fédéral, la Constitution américaine et la législation fédérale d'application autorisent le Président, dans certaines circonstances définies, à faire intervenir les troupes fédérales pour maîtriser des

---

discrétionnaire du Président de la République. Par conséquent, le recours à l'application de l'article 68, dès lors qu'il a été exercé dans les conditions prescrites par la Constitution est un acte de gouvernement qui n'est pas susceptible de recours devant la Cour constitutionnelle » qui se fonde sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français *Rubin de Servens* du 02 mars 1962

violences sur le territoire national, réprimer une insurrection et assurer le respect de la législation fédérale. Toutefois ces dispositions constitutionnelles n'autorisent pas l'exécutif à suspendre ou à entraver le fonctionnement normal des autres composantes du Gouvernement fédéral (le Congrès et l'ordre judiciaire), ni à déroger aux droits fondamentaux. En fait, à une exception près le droit d'« habeas corpus » que le Congrès peut suspendre temporairement lorsque la sécurité publique l'exige, les droits constitutionnels demeurent effectifs en permanence. Au niveau des Etats et au niveau local, il existe une grande diversité des pouvoirs en vertu desquels l'exécutif (gouverneur de l'Etat, maire, conseil de comté) peut prendre des mesures d'exception. Ces pouvoirs se fondent sur la compétence générale de police que la Constitution fédérale reconnaît à chacun des Etats. Il faut préciser à ce niveau que tout Etat peut, à condition de ne pas agir de manière déraisonnable ou arbitraire, porter atteinte à des droits qui, normalement, sont protégés par la Constitution, si cela apparaît nécessaire pour sauvegarder la santé et la sécurité publiques, ainsi que le bien-être général, dans une situation exceptionnelle.

L'usage de la législation déléguée pour lutter contre le terrorisme résulte dans ce pays des événements du 11 septembre

2001 qui vont engendrer une réaction inédite de la part des autorités américaines<sup>49</sup>. Cette réaction est inédite surtout par son ampleur et met en lumière le pas supplémentaire franchi par le Gouvernement américain dans sa volonté de réprimer le terrorisme même au prix de la violation des droits fondamentaux<sup>50</sup>. Les mesures prises par les autorités américaines qui étaient censées être exceptionnelles et d'une durée limitée se sont malheureusement perpétuées dans le temps remettant en cause l'idée que nous avons souligné au début de ce chapitre à savoir que « l'exception ne doit son

existence qu'à une règle de droit<sup>51</sup> ». Cela nous invite naturellement à réfléchir sur les limites qu'il faudrait imposer aux limites car le contenu de ces textes gouvernementaux réprimant le terrorisme est attentatoire aux droits et libertés<sup>52</sup>. Selon l'art.4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Suivant cette définition, aucun droit ne peut s'exercer sans limites et la théorie des droits « limités » est à ce jour la meilleure solution pour mieux rendre compte de la structure des droits fondamentaux<sup>53</sup>. Les droits fondamentaux ne sauraient donc être absolus car cela conduirait à leur ineffectivité. En réalité, la question de la limitation des droits fondamentaux dépasse le cadre strictement juridique. Selon l'art. 29 al.2 de la Déclaration Universelle des

---

<sup>49</sup> Robert Pape, « The strategic logic of suicide terrorism », *American Political Science Review*, vol.97 (3), August 2003, pp.323-361; Stephen Holmes, *The Matador's Cape. America reckless response to terror*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, Ch.1; Georges. Kepel, *The roots of radical islam*, New York, Saqi Books, 2005 ; *Terreur et martyre*, Paris, Flammarion, 2008; A.K. Cronin, « Sources of contemporary terrorism » in A.K. Cronin, J. L. Ludes (éds.), *Attacking terrorism*, op. cit., pp.19-45; John Stevenson, *Counter Terrorism: containment and beyond*, Adelphi Papers, Oxford University Press, 2004; Cf. aussi Jack Soppelsa, « Les Etats Unis et le terrorisme international », *Revue Politique et Parlementaire*, 2010; Paul Tavernier, « Terrorisme et droits de l'Homme », *Revue Politique et Parlementaire* 2010; Jean-Pierre Filiu, « Al-Qaida : le Jiha global », *Revue Politique et Parlementaire* 2010 ; R-N. Castellani, « Le terrorisme dans l'histoire », *Revue Politique et Parlementaire* 2010.

<sup>50</sup> Cette réaction des autorités américaines peut être résumée par des propos d'un éditorialiste du New York Times : « Fight terror as if there were no rules », Thomas Friedman, cité par N. Strossen, « Maintaining Human Rights in Time of Terrorism », *New York Law School Journal of Human Rights*, n°19, 2003, p.3.

---

<sup>51</sup> François Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), Paris, PUF., (Quadrige), 2003, p.673.

<sup>52</sup> Philip Heymann, *Terrorism, freedom and security. Winning without War*, the M.I.T. Press, Cambridge, 2003, p.12; Philip Heymann, Juliette Keyyem, *Protecting liberty in an age of terror*, The M.I.T. Press, Cambridge, 2005, p.2; *La France face au terrorisme*, Paris, La documentation française, 2006; David Rapoport, « The four waves of modern terrorism », in David Rapoport (éd.), *Terrorism. Critical concepts in political science, 4 vols.*, London, Routledge, 2006, vol. 4, *The fourth or religions wave*, p.4

<sup>53</sup> Martin Borowski, « La restricción de los derechos fundamentales », in *Revista espanol de derecho constitucional*, n°59, 2000, p.56. C'est aussi dans ce sens que la doctrine allemande a considéré qu'il existait des « limitations immanentes » (*immanente Schranken*) à tous les droits fondamentaux.

Droits de l'Homme, les droits sont soumis aux limitations découlant « des justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général de la société ». La limitation fait ici référence au bornage, du latin « *limitatio* » et renvoie aux restrictions volontaires et non des entraves engendrées par des phénomènes d'exclusion, ou résultant de l'ineffectivité des garanties<sup>54</sup>. Les limitations peuvent résulter deux types d'actions. Elles peuvent être d'origine interne par le constituant, le législateur ou le juge qui vont confronter un droit par rapport à un autre. La seconde restriction peut être justifiée par des événements exceptionnels et a été réglée par certaines Constitutions européennes<sup>55</sup> telles que celles de l'Espagne ou du Portugal. Cette argumentation que nous avons faite vise à montrer que la question de la limitation des droits fondamentaux suite à des événements exceptionnels n'est pas propre aux Etats-Unis seulement et même dans ce pays, les attentats de 2001 ne sont pas le seul cas où cette question s'est posée.

Il convient maintenant de s'intéresser à la législation burkinabè.

## 2- Les législations anti-terroristes burkinabè

La législation antiterroriste burkinabè actuelle trouve sa source dans une loi de 2015 du Conseil National de la Transition. A l'époque, il s'agissait de répondre à l'ampleur inédite que prenait le fléau notamment après la chute de Blaise Compaoré, l'ancien Président. Auparavant, c'était une loi de 2006 qui régissait la lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment de capitaux. Il existe aussi des moyens inscrits dans la Constitution qui permettent de restreindre les droits fondamentaux en période de lutte contre le terrorisme. Il s'agit notamment des mécanismes de l'état de siège, de l'état d'urgence et des pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat. Mais il existe un Code pénal et un Code de procédure pénale qui régissent la matière.

Ce sont les articles 361-1 et 361-2 du Code pénal qui régissent les infractions de terrorisme au Burkina<sup>56</sup>. De manière spécifique en ce qui concerne les dossiers terroristes et s'agissent de la garde à vue, il est prévu un délai de quinze (15) jours. Cette durée peut être augmentée de dix (10) jours<sup>57</sup>. La prolongation doit être par faite soit du procureur du Faso par le

<sup>54</sup> Daniel Lochak, « Les bornes de la liberté », in *Pouvoirs* n°84, 1998, p.15.

<sup>55</sup> Art.55 al.2 de la C. espagnole et art. 19 de la C. portugaise.

<sup>56</sup> Il s'agit de la loi n°025-2018/AN portant Code pénal du 31 mai 2018. C'est l'article 121-1 du titre II du livre I

<sup>57</sup> Article 515-15 Code de Procédure Pénale (C.P.P.)

président du tribunal de grande instance ou le juge par lui délégué, soit par le juge d'instruction. Une autre condition est la présentation de la personne arrêtée. Deux conditions sont prévues pour la prolongation. Il s'agit d'une part de la nécessité d'une décision écrite du président du Tribunal de Grande Instance (TGI) ou le juge par lui délégué, soit par le juge d'instruction et d'autre part de la présentions du mis en cause au Magistrat en charge de la prolongation.

La détention provisoire a suscité diverses inquiétudes dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, y compris la supervision judiciaire de ce type de privation de liberté, le droit de ne pas être soumis à la torture, le droit d'être informé rapidement des motifs de l'arrestation et de l'existence de chefs d'accusation quelconques et le caractère illégal de toute détention préventive prolongée.

Le CPP<sup>58</sup> pose le principe du caractère exceptionnel de la détention provisoire<sup>59</sup>. Il fait une distinction entre les délits<sup>60</sup> et les crimes<sup>61</sup>. Pour les délits, lorsque le maximum de la peine prévue par la loi est inférieur ou égal à un an d'emprisonnement, le mis en examen ne peut être détenu plus de trois mois après sa

première comparution devant le juge d'instruction s'il n'a pas été déjà condamné soit pour un crime, soit à un emprisonnement de plus de trois mois sans sursis pour délit de droit commun. La prolongation ne peut excéder un an. Toutefois, le juge d'instruction peut ordonner une prolongation supplémentaire de la détention provisoire d'un an en matière criminelle pour la traite des personnes et pratiques assimilées, le grand banditisme, la vente d'enfants, prostitution d'enfants et pornographie enfantine, la torture et pratiques assimilées, l'infraction à la législation sur les stupéfiants en bande organisée, le blanchiment de capitaux. L'article 261-83 en son alinéa 3 prévoit que par exception aux 261-80, alinéa 2, 261-81, 261-82 et des alinéas 1 et 2 de son article, que le juge d'instruction puisse pour les infractions d'actes de terrorisme et de financement du terrorisme, ordonner la prolongation de la détention provisoire pendant toute la durée de l'information et jusqu'à l'audience de jugement. La procédure pénale burkinabè prévoie principalement une disposition relative à l'arrestation et la garde à vue. Il s'agit ainsi de l'article 251-14 du CPP. Il y est indiqué que « *la personne interpellée est immédiatement informée dans une langue qu'elle comprend :*

<sup>58</sup> Code de procédure pénale

<sup>59</sup> Article 261-79

<sup>60</sup> Article 261-80

<sup>61</sup> Article 261-81

1. de l'heure du début de la garde à vue ;
2. du droit d'être assistée d'un avocat ;
3. de la qualification, de la date et du lieu présumé de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre ;
4. de l'obligation de déclarer une adresse et de ce que toute notification, citation ou signification faite à cette adresse sera réputée faite à sa personne ; en cas de changement d'adresse, elle doit en aviser la juridiction par tout moyen laissant trace écrite ».

Plusieurs dispositions du code procédure pénale posent le principe de l'interdiction de la torture, que cela soit pour rechercher des preuves, soit pour punir. Ainsi, toute déclaration obtenue par suite de torture ou de pratiques assimilées ne peut être utilisée comme un élément de preuve dans une procédure, sauf pour établir la responsabilité de l'auteur de l'infraction<sup>62</sup>. En pratique, la question touchant au terrorisme rebat les cartes en ce qui concerne aussi la police judiciaire ou la détention. En ce qui concerne la police judiciaire, il apparaît de plus en plus que ce

sont les militaires qui sont en opération au Burkina Faso et nul ne sait dans quelles conditions certaines personnes sont appréhendées. La même observation peut être faite en ce qui concerne la détention provisoire. L'essentiel des présumés terroristes est presque dans l'incapacité de définir ce qu'on appelle torture ou traitement inhumain ou dégradant. En tout état de cause, la mise en œuvre de l'interdiction des atteintes à l'intégrité physique ou morale sous-entend une connaissance et une appréciation des événements. Il apparaît nécessaire qu'autres intervenants impartiaux et indépendants peuvent être associés au processus de répression des infractions terroristes.

Peu avant sa chute, c'est-à-dire fin 2014, l'ancien Président Compaoré avait déjà instauré l'état de siège puis l'état d'urgence avant quelques temps plus tard de déclarer la vacance du pouvoir. Il existait déjà à cette époque des raisons de penser que le pays serait confronté au terrorisme mais c'est véritablement après l'élection et la prise de pouvoir de Roch Kaboré que le pays va basculer dans la violence. Les premières attaques terroristes enregistrées au Burkina sont intervenues en Janvier 2016 sur l'avenue Kwamé N'Krumah très fréquentée par les ouagalais et certains expatriés vivant au Burkina. Le

---

62 Article 251-11

Splendi Hotel, le Restaurant Café Istanbul et le Cappuccino ont tour à tour été visés. Ce fut ensuite le tour de l'Ambassade de France à Ouagadougou puis de l'Etat-major des forces armées. Ensuite, la menace va se déplacer à l'intérieur du pays. En plus du foyer originel qui est le Sahel burkinabè, d'autres localités telles que l'Est, le Centre-Nord, la Boucle du Mouhoun, les Hauts-Bassins, la Comoé sont aujourd'hui touchées. Il faut dire que quasiment toutes les localités du pays sont concernées par la menace qui se rapproche chaque jour un peu plus des grandes villes. Prenant conscience de l'ampleur de la situation, le Gouvernement Kaboré va faire adopter une loi par l'Assemblée nationale en créant les Volontaires pour la Défense de la Patrie (V.D.P.) qui sont venus s'ajouter aux groupes d'auto-défense qui existaient déjà dans les localités à fort défi sécuritaire. L'adoption de ces mesures a permis d'épauler les forces de défense et de sécurité avec des supplétifs civils qui les aident sur les différents théâtres d'opérations à travers le pays. Les attaques les plus importantes intervenues récemment ont eu lieu à Sohlan où des tueries de masses de civils ont été enregistrées, à Inata où c'étaient les gendarmes qui étaient visés puis plus récemment à Seytenga non loin de la frontière nigérienne. Dans certaines localités telles que l'Est du pays ou la

Boucle du Mouhoun, l'état d'urgence a été instauré, ce qui entraîne notamment des restrictions de la liberté d'aller et de venir avec l'instauration du couvre-feu, les libertés de manifestation, de réunion. Toujours dans le cadre des mesures restrictives, le Gouvernement Kaboré peu avant sa chute avait adopté une loi qui interdit de diffuser notamment de diffuser des informations sur les opérations militaires en cours, les attaques terroristes et les bilans chiffrés autres que ceux donnés par le Gouvernement. La presse et les organisations de défense des médias s'étaient sentis directement visés par ces mesures liberticides qui selon elles constituent une entrave au libre exercice de leur métier. Cette législation est toujours en vigueur. La loi de 2015 qui régit la lutte contre le terrorisme au Burkina comporte les mêmes caractéristiques que beaucoup de législations dans ce domaine. Elle ne donne pas une définition objective du terrorisme mais se contente de lister les actes susceptibles de constituer des actes terroristes. Cela est problématique dans la mesure où un acte à caractère terroriste peut être posé sans relever de la catégorie de ceux prévus dans cette liste. Dans ce cas, les Magistrats sont obligés de recourir à la qualification d'infraction en relation avec une entreprise terroriste pour atteindre le seuil criminel pour inclure l'acte en question dans la catégorie des actes

terroristes. Pendant longtemps, le Burkina a constitué un havre de paix, un modèle de pays de tolérance. Mais l'insurrection populaire de fin 2014, combinée à la chute puis au départ en exil de Blaise Compaoré a changé la donne. Depuis le mois de Juin 2022, le nouveau régime militaire qui dirige le Burkina suite au coup d'état du 24 janvier 2022 a créé des zones dites d'intérêt militaire dans un but de sécurisation de ces localités dites à fort défi sécuritaire. Ces zones d'intérêt militaire se situent dans le Sahel à proximité de la frontière malienne et à l'Est du pays. Il s'agit selon le Commandement des Opérations du Théâtre National (le C.O.T.N.), la nouvelle structure chargée de coordonner les actions anti-terroristes sur le terrain, de libérer ces localités de l'emprise des groupes armés. Selon le Commandant de cette structure, la création de ces zones et les consignes données aux populations locales pour libérer ces localités afin de permettre aux forces de sécurité de mener leurs opérations n'a pas rencontré de difficultés majeures.

Il reste que la lutte contre le terrorisme en tant qu'impératif pour la survie même de l'Etat entraîne des contraintes pour ces mêmes populations dont on doit restreindre les prérogatives afin d'assurer leur propre survie. Dans cette tâche difficile des forces de défense et de sécurité, il y a souvent des atteintes aux droits fondamentaux et des

violations. Il convient maintenant de s'y intéresser.

## **II- Les violations des droits fondamentaux en période de lutte antiterroriste au Burkina Faso et aux Etats-Unis**

La lutte contre le terrorisme est une réaction logique de l'Etat pour assurer sa survie. En tant que telle, elle constitue un impératif auquel l'Etat et à travers lui les populations adhèrent dans leur propre intérêt. Mais des dérives existent et elles constituent la face cachée de cette œuvre étatique. Malheureusement les forces de sécurité se livrent souvent à des violations des droits fondamentaux. Sujet tabou au Burkina (**A**), la question a été largement relayée aux Etats-Unis où il existe des contre-pouvoirs sont plus forts et la presse indépendante plus développée (**B**).

### **A- La face cachée de la lutte antiterroriste au Burkina**

Au Burkina peu de médias font cas des stigmatisations des communautés pour plusieurs raisons et notamment parce qu'il s'agit d'un pays multi-ethnique où la cohésion sociale est plus que jamais menacée et surtout parce que l'opinion nationale dans sa majorité y est hostile parce que le terroriste a fait beaucoup de

ravages et a traumatisé les populations. Il convient d'examiner d'abord la question de la stigmatisation des communautés (1). Ensuite, il convient de s'intéresser aux autres violations des droits fondamentaux (2).

### **1- La stigmatisation des communautés**

Au Burkina, la question de la stigmatisation des communautés n'est pas nouvelle. Elle a toujours existé de manière latente dans la société burkinabè. C'est un pays multi-ethnique avec une ethnie majoritaire à plus de 60%. Pour plusieurs raisons, la répartition des richesses et des ressources du pays n'a pas toujours été équitable et objectives. Les promotions politiques n'ont pas toujours respecté cette origine ethnique ou régionale chère aux burkinabè.

Mais la question a pris un relief particulier avec l'arrivée puis de l'expansion du terrorisme islamiste et de l'insurrection à main armée qui est en cours dans le pays. Selon le Gouvernement, certains burkinabè pour des raisons diverses notamment politiques, religieuses, idéologiques, économiques, ethniques ont pris des armes contre l'autorité centrale dans le but de le renverser. Selon certains médias, des communautés sont en conflit contre les autorités centrales et les forces de défense et de sécurité qui les représentent auprès de

ces populations. Les élus locaux, les autorités coutumières et religieuses, les autorités politiques déconcentrées sont souvent ciblés par ces groupes armés.

Il s'en est suivi des massacres de masses dont les plus importants ont eu lieu à Yirgou, à Kain dans le Nord puis à Tawalbougou dans l'Est du pays. Plus récemment des attaques et tueries de masses ont été enregistrées à Solhan puis à Seytenga. Dans ces différents massacres, ce sont des communautés et des ethnies bien précises qui étaient visées. Par exemple, à Yirgou, c'était la communauté Peulh qui était visée et suite à ce massacre intervenu un 31 décembre, c'est le Président Kaboré lui-même qui s'était rendu sur les lieux afin d'apaiser les tensions. Mais le dossier Yirgou est resté à ce jour impuni. Jamais les auteurs de ces crimes de masses n'ont été poursuivis et traduits en justice. Pourtant, selon les mêmes autorités centrales, la justice est désormais indépendante suite aux réformes en cours depuis 2015 et les magistrats sont à l'écoute des populations. Un collectif contre la stigmatisation des communautés a été créé et vise à défendre les droits et intérêts des minorités brimés dans leurs droits sous couvert de la lutte antiterroriste. Il en résulte que cette stigmatisation des populations et de certaines communautés apporte de l'eau au moulin des groupes armés dont la capacité de recrutement n'a

cessé de s'accroître au cours de ces dernières années. Ces dérives étatiques permettent aux groupes armés de convaincre facilement les jeunes désœuvrés pour des raisons ethniques à s'engager dans la lutte armée contre leur propre Gouvernement. A Seytenga, selon certaines informations, c'est la communauté mossi qui était visée et ces attaques non seulement ont touché les civils qui ont péri mais se sont déplacés massivement mais contribuent à alimenter les informations qui pointent du doigt la justice accusée de partialité et de traitement diligent seulement de certains dossiers au détriment d'autres dossiers.

Les massacres de masse relayés par les médias nationaux et certains médias internationaux ont créé la psychose, la peur et la méfiance entre les communautés et au sein de la population. Les populations du Sahel, en majorité constituées par l'ethnie peulh sont souvent associées au terrorisme et aux attaques des groupes armés. Selon des propos tenus récemment c'est-à-dire en juillet 2022 à l'occasion de son audition par le Groupe d'amitié France-Burkina, l'ambassadeur de France au Burkina, son excellence M. Luc Hallade a déclaré que le conflit qui est en cours au Burkina est une guerre civile. Il a expliqué qu'une partie de la population a pris les armes et veut renverser le Gouvernement. Ces propos ont été contredits par le Gouvernement

burkinabè qui parle plutôt d'exagération dans l'analyse faite par le diplomate français. Pourtant, le Gouvernement burkinabè a bien reconnu que ce sont des Burkinabè pour diverses raisons déjà mentionnées dans cette étude qui ont pris les armes contre leur Gouvernement et les Forces de sécurité. Selon des informations de la Ministre du Genre relayées récemment c'est-à-dire en juillet 2022 par la presse, une tendance inquiétante s'observe désormais dans ce conflit c'est-à-dire que des femmes participent au conflit aux côtés des groupes armés en leur apportant de l'aide notamment dans la logistique, le renseignement et sur les différents théâtres d'opérations. La tendance à la généralisation du conflit est bien réelle et le risque de guerre civile généralisé est aussi une réalité. C'est la conséquence non seulement des difficultés rencontrées par les forces de sécurité à pacifier les localités à fort défi sécuritaire, mais aussi c'est une conséquence de la stigmatisation de certaines communautés. En réalité, un conflit ethnique est en cours au Burkina selon les propos mêmes du porte - parole du Gouvernement, le Ministre de l'éducation nationale, M. Lionel Bilgo. Ces propos vont dans la droite de ligne des affirmations de certains médias qui suite à des investigations ont révélé qu'une partie des populations qui se sont constitués en groupes armés se battent

contre les forces de sécurité burkinabè pour des raisons ethniques. Selon le Ministre Bilgo qui a parcouru la région de l'Est et la zone des trois frontières qui est frontalière avec le Niger, les stigmatisations des communautés sont en grande partie la cause de la guerre qui oppose le Gouvernement central burkinabè aux groupes armés qui le combattent à l'intérieur du pays. Selon aussi les études menées par le Centre pour la Gouvernance Démocratique, 70 % des personnes qui ont pris les armes contre l'Etat burkinabè et ses forces de sécurité ont agi ainsi suite à des dérives dans la lutte contre le terrorisme et notamment la stigmatisation des communautés à travers les enlèvements, les disparitions forcées, les tortures, les exécutions sommaires. Telle est donc la face cachée de la lutte contre le terrorisme au Burkina. Seuls quelques médias audacieux relayent ces informations sur les dessous de cette lutte contre le terrorisme qui se mène dans le Burkina profond. Mais ce n'est pas tout. Il existe d'autres violations des droits fondamentaux qu'il convient d'examiner à présent.

## **2- Les autres violations des droits fondamentaux**

Aucune guerre par nature n'est propre et les dérives existent de part et d'autre. La guerre qui se mène au Burkina contre le terrorisme n'échappe pas à cette réalité. Du côté des groupes armés, on distingue cette

insurrection à main armée dirigée contre l'Etat central de la part en grande partie d'autres Burkinabè pour des raisons diverses qui ont largement été développées dans cette étude. Mais on distingue également des groupes jihadistes affiliés aux différents mouvements internationaux tels que Al Qaida ou l'Etat islamique qui opèrent au Nord Mali avec leurs implantations et ramifications au Burkina.

La Convention sur la répression du financement du terrorisme indique que toute personne placée en détention préventive se voit garantir un traitement équitable et, en particulier, jouit de tous droits et bénéficie de toutes les garanties prévues par la législation de l'État sur le territoire duquel elle se trouve et les dispositions du droit international, y compris celles qui ont trait aux droits de l'homme<sup>63</sup>.

Pour ce qui est du droit à l'assistance d'un défenseur, le Comité des Droits de l'Homme

s'est inquiété des mesures de lutte contre le terrorisme qui empêchent le détenu d'avoir accès à un conseil immédiatement après son arrestation. La nécessité d'une mesure prévoyant un délai, qui doit rester bref, pour un tel accès, peut se justifier mais doit rester en conformité avec les obligations imposées par les articles 9 et 14 du Pacte

---

<sup>63</sup> Article. 17.

international relatif aux droits civils et politiques. Plusieurs dispositions du code procédure pénale posent le principe de l'interdiction de la torture, que cela soit pour rechercher des preuves, soit pour punir. Ainsi, toute déclaration obtenue par suite de torture ou de pratiques assimilées ne peut être utilisée comme un élément de preuve dans une procédure, sauf pour établir la responsabilité de l'auteur de l'infraction. Par exemple l'article 518-1 énonce que « *Sans préjudice des principes et règlements régissant la procédure d'extradition, nul ne peut être extradé, expulsé ou refoulé par les autorités burkinabè vers un Etat où il encourt le risque d'être soumis à la torture. Dans ce cas, les juridictions burkinabè ont compétence pour juger la personne sur les faits faisant l'objet de l'extradition si ceux-ci sont prévus et punis par la législation en vigueur au Burkina Faso ou s'ils constituent un crime international* ». De manière spécifique, lorsqu'il s'agit de procédure ayant la qualification de terroriste l'article 515-16 énonce simplement que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction peuvent être opérées à toute heure du jour et de la nuit. Cette opération se fait sans contrepartie en termes de garantie. L'article 515-17 complète l'exception en ces termes « *Si les nécessités de l'instruction relative à l'une*

*des infractions mentionnées aux points 1 et 2 de l'article 515-1 de la présente loi l'exigent, le juge d'instruction peut autoriser les officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire à procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction à toute heure du jour et de la nuit. Il peut notamment le faire :*

- 1. lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant ;*
- 2. lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels ;*
- 3. lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 515-1 de la présente loi ».*

Le recours à la torture est une réalité de la part de l'armée burkinabè. Sur ce point les ONG de défense des droits humains tels que Amnesty International, Human Rights Watch, la FIDH, le Mouvement Burkinabè des Droits de l'Homme et des Peuples ont toujours attiré l'attention des autorités burkinabè et de l'opinion nationale et internationale sur ces violations de ces engagements nationaux et internationaux

du pays. Dans les prisons secrètes du Burkina, le recours à la torture est avéré et le Collectif contre la stigmatisation des communautés a relayé plusieurs cas. Ce même collectif a aussi mentionné les cas de disparitions forcées de certaines personnes soupçonnées par les forces armées burkinabè d'apporter des soutiens aux groupes armés qui les combattent sur les différents théâtres d'opérations. Le problème majeur dans cette situation est que bien souvent, les personnes enlevées et qui sont ensuite portées disparues ou exécutées appartiennent à l'ethnie Peulh qui pour certains Burkinabè sont associés au terrorisme et à l'extrémisme violent. D'ailleurs, lors d'un de ses déplacements dans une base d'opération de l'armée burkinabè et notamment à Mangodara dans la région des Cascades, le chef de la junte militaire, le Lieutenant-Colonel Paul-Henri Sandaogo attirait l'attention des troupes sur la nécessité de refuser tout recours à la stigmatisation et à l'indexation d'une ethnie et d'une communauté comme source de l'extrémisme violent et du terrorisme. Il a insisté sur l'idée que la réussite de la mission des forces de sécurité burkinabè impliquait de travailler en bonne intelligence avec les populations locales et avoir leur concours et leur aide afin d'identifier les personnes soupçonnées ou impliquées dans le terrorisme et l'extrémisme violent.

Toutes ces illustrations qui sont mentionnées dans cette étude ne sont pas propres au Burkina. Ailleurs dans le monde, les mêmes dérives existent. Voyons comment les Etats-Unis qui ont dû affronter les attentats de New York en 2001 et leurs conséquences ont traité la question.

## **B- Les limitations spéciales des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte antiterroriste aux Etats-Unis**

Dans ce pays, les attentats terroristes de 2001, les plus graves jamais enregistrés dans l'histoire, ont entraîné une réaction inédite des autorités politiques américaines. Plusieurs mesures juridiques, politiques et judiciaires ont été prises pour faire face au fléau. La mesure emblématique sur le plan juridique a été le vote par le Congrès américain à la demande de l'Exécutif américain du USA Patriot Act, une loi particulièrement restrictive des droits fondamentaux (1). C'est ensuite sur le terrain judiciaire que les limitations des droits fondamentaux ont été mises en œuvre (2).

### **1- Le Patriot Act par son contenu porte atteinte aux droits fondamentaux**

Après de brefs débats qui ont traduit les préoccupations de certains parlementaires

en matière de libertés et sous la pression des évènements, le Congrès adopte dans l'urgence (sans qu'aucune Commission du Congrès ne soit saisie pour en débattre), le Patriot Act<sup>64</sup> le 26 octobre 2001.

Le Patriot Act consacre tout d'abord une définition très large du terrorisme. Dans sa Section 802, il lie notamment la notion de « terrorisme intérieur » (domestic terrorism) à toute activité mettant en danger des vies humaines sur le territoire national en violation des lois des Etats-Unis ou d'un Etat et « visant à intimider la population civile ou infléchir la politique du gouvernement par le biais de la destruction massive, d'assassinats ou d'enlèvements ». Une telle définition peut s'appliquer à une très large variété d'activités qui ne sont pas liées au terrorisme.

Certains dispositifs du Patriot Act ont ainsi pu être utilisés par les autorités fédérales dans des affaires de droit commun pour obtenir des éléments de preuve dans des cas de chantage, de trafic de drogue, de blanchiment d'argent, de corruption de représentants d'Etats étrangers notamment<sup>65</sup>. On peut ici faire un rapprochement avec la législation italienne

qui prévoit une incrimination dont la motivation est clairement politique : l'association subversive. Par cette incrimination, le Code pénal italien punit celui qui assure « la promotion » ou l'organisation » d'une association subversive, une organisation « destinée à établir violemment la dictature d'une classe sociale sur les autres » ou « à bouleverser par la violence l'organisation économique ou sociale instaurée par l'Etat ». L'incrimination permet aussi de poursuivre la simple participation à de telles associations. Le fait que l'incrimination d'organisation subversive puisse s'appliquer à des personnes qui pratiquent la désobéissance civile et l'activisme non-violent montre bien le caractère subjectif de la notion de violence utilisée dans cet article. Il n'est pas nécessaire de passer à l'action pour être incriminé puisque l'art.272 s'attaque à la propagande. L'Italie utilise trois techniques d'incriminations du terrorisme : les incriminations classiques, les incriminations périphériques, qui développent les circonstances aggravantes liées à l'intention de l'auteur de l'infraction, lorsque celui-ci poursuit « un but terroriste ou de renversement de l'ordre démocratique<sup>66</sup> ». Cette dernière technique est issue d'une loi-cadre qui ne définit pas

<sup>64</sup> Le texte est intitulé « Uniting and Strengthening America by providing Appropriate Tools required to intercept and obstruct Terrorism », *USA Patriot Act of 2001*, *Public Law n°107-56*, 115 Stat.272.

<sup>65</sup> Erwin Chemerinsky, « Losing liberties : applying a foreign intelligence model to domestic law enforcement », *51 UCLA Law Review*, 1619 (2004).

<sup>66</sup> Art. 270 bis du Code Pénal italien.

ce qu'elle entend par terrorisme. Ces techniques d'incriminations illustrent une marge d'appréciation quasi-illimitée donnée aux juges et aux forces de police.

Ensuite, le Patriot Act élargit le champ des dispositifs exceptionnels de surveillance électronique ou de perquisition applicables seulement jusque-là à des organisations étrangères ou à leurs agents, à des fins notamment de contre-espionnage<sup>67</sup>. Désormais, le Patriot Act permet l'utilisation de tels dispositifs pour toutes enquêtes ou procédures de droit commun, concernant des nationaux comme des étrangers à la seule condition qu'elles puissent être liées à la recherche d'information concernant des organisations étrangères<sup>68</sup>.

En dernier lieu, le Patriot Act accorde de nouveaux pouvoirs spéciaux de collecte d'information permettant en particulier l'identification des sources de communication par e-mail, des sites Internet visités, des adresses électroniques des destinataires, l'écoute et l'enregistrement de toute communication téléphonique y compris à partir de

téléphones publics. La principale modification intervenue en droit américain à ce niveau concerne la motivation pour justifier l'opération : il suffit désormais d'invoquer « les nécessités d'une enquête criminelle », standard plus laxiste que les exigences précédentes de « soupçon raisonnable » ou de présomption suffisante (*probable cause*).

Les pouvoirs spéciaux accordés par le Patriot Act sont à l'origine des conflits potentiels entre dispositifs de prévention et de répression du terrorisme et protection des libertés fondamentales dans le système américain actuel.

## 2- Les contradictions du juge américain à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme

Après la DDHC de 1789, l'Amérique offre avec son Bill of rights une référence première des conquêtes modernes de la liberté. Son système constitutionnel tout entier repose même sur les exigences de protection des libertés individuelles face au pouvoir politique<sup>69</sup>. Comme la France, les Etats-Unis ont été marqués par des périodes de mises entre parenthèses de droits ou de violations des libertés lorsque des tensions intérieures ou extérieures placent le pays en situation de crise.

<sup>67</sup> Il s'agit en particulier du FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act) de 1978 amendé en 1995 (FISA, Public Law n°95-511, 92 Stat. 1783 (1978) Codified as amended at So. USC, §1801-1811 (2000).

<sup>68</sup> Selon le Département de la Justice, pendant la seule année 2002, il y a eu 1128 mandats d'investigation qui ont été demandés sur la base du FISA amendé par le Patriot Act et accordés par l'organe judiciaire spécial (FISA Court) qui se prononce de manière totalement secrète.

<sup>69</sup> Bruce Ackerman, « The emergency Constitution » 113 *Yale Law Journal*, 1029 (2004); Cf. aussi Jacques Soppelsa, « Les Etats Unis et le terrorisme international », *Rev. Pol. Et parl.* 2010 ; Jean-Pierre Filiu, « Al-Qaida: le jihad global », *Rev. Pol. Et Parl.* 2010.

Dès 1798, le Congrès adoptant le « Alien and Sedition Act » qualifiait de crime fédéral toute critique erronée du gouvernement ou de ses représentants<sup>70</sup>. Cette loi fut utilisée pour emprisonner des opposants et des peines d'emprisonnement manifestement disproportionnées furent prononcées. Suite à l'élection du Président Thomas Jefferson, la loi fut abrogée en 1801 et ce dernier entreprit de gracier les personnes condamnées. La guerre civile marqua la seconde période de remise en cause des libertés avec la décision du Président Lincoln de suspendre les recours d'habeas corpus et de faire emprisonner les individus s'élevant contre la conduite des opérations par le pouvoir fédéral. Soixante ans après *Marbury v. Madison*, la Cour suprême réagit et déclara la suspension inconstitutionnelle<sup>71</sup>. Les atteintes à la liberté d'expression d'opposants à la conscription et de pacifistes, condamnés parfois à de lourdes peines de prison, après l'entrée en guerre des Etats Unis en 1917 furent néanmoins validées au moyen du standard du « danger clair et imminent » (*clear and present danger test*)<sup>72</sup>. Des atteintes semblables ont été jugées « scélérates » et déclarées inconstitutionnelles comme contraires aux

exigences du Premier Amendement<sup>73</sup>. Pendant la seconde guerre mondiale, plus de cent mille américains d'origine japonaise ont été internés dans des « camps de concentration » sans qu'aucun ne soit jamais poursuivi pour espionnage ou atteinte à la sécurité nationale. Dans une décision très controversée, la Cour suprême valida les mesures au nom de la déférence à accorder à l'Exécutif en temps de guerre<sup>74</sup>. La période du « McCarthyism » et la chasse aux sorcières constitue ensuite la période qui a vu se produire des violations flagrantes des droits fondamentaux de personnes soupçonnées d'avoir des sympathies pour le communisme ou de conspiration contre le gouvernement dans les années 1950. La Cour suprême valida alors les poursuites et sanctions contre des personnes à raison de leurs opinions ou expressions, invoquant à nouveau le standard de « danger clair et imminent » au mépris des exigences du Premier Amendement<sup>75</sup>.

Face à l'histoire qui se répète et aux nouveaux défis du terrorisme international, les Etats-Unis ont rapidement défini un cadre d'intervention aux implications particulièrement lourdes en matière de libertés et de droits fondamentaux à travers

<sup>70</sup> *Alien and Sedition Act of 1798*, 5 Cong. Ch.74, 1 Stat 596 (expired 1801).

<sup>71</sup> *Ex parte Miligan*, 71 US (4 Wall.) 2 (1866)

<sup>72</sup> *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919)

<sup>73</sup> Laurent PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, préf. Guy Scoffoni, Paris, Clermont-Ferrand, LGDJ-Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2003, pp.454 et svts.

<sup>74</sup> *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944)

<sup>75</sup> *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951)

l'adoption et l'application du *Patriot Act*. Le cadre américain de lutte contre le terrorisme mérite une attention particulière de même que les conflits entre dispositifs de lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux.

Il arrive parfois que les procédures de droit commun soient utilisées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme<sup>76</sup> par les autorités américaines mais deux séries de prérogatives sont souvent aussi invoquées à savoir les pouvoirs exceptionnels et les dispositions particulières de la loi dite du « Patriot Act ». C'est le 14 septembre 2001 que le Président G.W. BUSH proclame « l'état d'urgence nationale en liaison avec les attaques terroristes » (*Declaration of national Emergency by Reason of certain Terrorist Attacks*<sup>77</sup>) et invoque divers pouvoirs législatifs.

Quatre jours plus tard, le Congrès adopte une Résolution conjointe autorisant le Président à engager des actions militaires utilisant « toute force appropriée et nécessaire contre les nations, organisations ou personnes qui auraient selon lui

organisé, autorisé, exécuté ou soutenu les attaques terroristes du 11 septembre 2001, ou hébergé ces personnes, afin de prévenir toute action future de terrorisme international contre les Etats-Unis par ces nations, organisations ou personnes<sup>78</sup> ».

En vertu de la Constitution, les autorités fédérales disposent de pouvoirs particuliers en matière d'affaires étrangères, de défense nationale et de guerre (War Powers). Le Congrès dispose notamment du pouvoir de déclarer la guerre et de constituer des forces armées<sup>79</sup>. Le Président, en vertu de son statut de commandant en chef des forces armées, est chargé de repousser toutes invasions ou attaques contre les Etats Unis<sup>80</sup>. Par conséquent, les tribunaux fédéraux sont très respectueux des actions engagées par les autorités politiques relatives à la guerre et à l'utilisation des forces militaires à l'étranger<sup>81</sup>. Par ailleurs, en vertu du précédent de la Cour suprême dans la célèbre affaire *Youngstown*, les tribunaux font preuve d'une déférence plus sensible à l'égard de l'exercice des pouvoirs d'urgence sur le territoire national quand le Président agit sur la base d'une

<sup>76</sup> Les auteurs de l'attentat contre les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie en 1998 ont été jugés par une Cour fédérale de district de New York (v. *United States v. El-Hage*, 213 F3d 74 (2<sup>nd</sup> Cir.), cert. Denied, 531 US 881 (2000). R. Reid arrêté alors qu'il portait des explosifs dans ses chaussures a été poursuivi devant des juridictions de droit commun également (v. *United States v. Reid*, 214 F. Supp. 2d 84 (D. Mass 2002).

<sup>77</sup> *Proclamation 7463*, 66 *Federal register*, 48199 (sept.14, 2001).

<sup>78</sup> *Authorization of Use of military force, Public Law 107-40*, 115 Stat. 224 (sept.18, 2001). Le Président Bush signa cette résolution le même jour.

<sup>79</sup> Constitution des Etats Unis du 17 septembre 1787, Article I, §8, cls 10-16.

<sup>80</sup> Constitution précitée, Article II, §2, cl. 1.

<sup>81</sup> Cf. La décision de la Cour d'appel pour le quatrième circuit dans l'affaire *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F. 3d 450, 462-470 (4th Cir. 2003).

autorisation du Congrès<sup>82</sup>. Sur ce point, nous pouvons nous référer à un cas célèbre.

La Cour suprême a en effet admis la constitutionnalité des poursuites contre des « combattants ennemis » devant les tribunaux militaires au lieu des juridictions de droit commun. Dans une décision *Ex Parte Quirin* de 1942<sup>83</sup>, la Cour statuait en urgence sur le recours de six allemands et un américain contre la décision présidentielle en forme de *Military Order* ordonnant leur jugement par un tribunal militaire à raison d'actes commis sur le territoire national et portant atteinte à la sûreté de l'Etat, durant la deuxième guerre mondiale. La Cour admit à l'unanimité que le Président avait valablement invoqué les pouvoirs conférés par le Congrès pour organiser de telles instances. Qualifiés d'« ennemis combattants irréguliers » (*unlawful enemy combattants*), la Cour jugea qu'ils pouvaient tous, y compris le citoyen américain, relever des tribunaux militaires.

C'est sur ces bases que le Président Bush affirma rapidement sa volonté d'utiliser de tels tribunaux pour juger les terroristes présumés. Le 13 novembre 2001, il signa ainsi un *Military Order* autorisant le Secrétaire à la Défense à placer en

détention les terroristes présumés et préparer leur jugement par des tribunaux militaires<sup>84</sup>. La mesure présidentielle pouvait potentiellement concerner toutes personnes dépourvues de la nationalité américaine et suspectées de participation ou complicité avec Al Qaeda ou autres complots terroristes contre les Etats Unis. D'autres dispositions furent promulguées par la suite par le Département de la défense et qui régissaient les tribunaux militaires, leurs compétences et procédures<sup>85</sup>.

Le Patriot Act lui ne renferme aucune disposition spécifique prévoyant l'intervention des tribunaux militaires ou la détention d'« ennemis combattants » mais il constitue l'élément le plus significatif du nouveau régime américain de lutte contre le terrorisme et sans doute la plus grande menace pour les libertés.

## CONCLUSION

La question de la limitation des droits fondamentaux dans le contexte de la lutte

<sup>82</sup> *Youngstown Sheet and Tube Co v. Sawyer*, 343 US 579 (1952) et Hamdi, préc. 296 F. 3d art.281

<sup>83</sup> *Ex Parte Quirin*, 317 US 1 (1942).

<sup>84</sup> *Military Order, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*, 66 Federal Register 57833 (Nov. 13, 2001).

<sup>85</sup> Cf. notamment Military Commission Order n°1 (March 21, 2002) et Military Commission Instructions n°1-8 (April 30, 2003). Sur ces mesures, Cf. Gerard J. Clark, « Military Tribunals and the Separation of Powers », 63, university of Pittsburgh Law Review 837 (2002) et Jack GOLDSMITH and Cass SUNSTEIN, «Military tribunals and legal Culture: what a difference sixty years makes», 19 Constitutional Commentary 261 (2002).

contre le terrorisme n'est pas nouvelle. Elle date de depuis que le terrorisme se présente comme une menace pour la sécurité nationale et la survie même des Etats. Cependant, elle ne présente pas les mêmes visages suivant les pays et les régions du monde. C'est pourquoi une étude comparative est toujours intéressante dans ce cadre.

Cette étude a permis de constater que les justifications qui soutendent le recours à ces limitations sont nombreuses. Elles sont fondées notamment sur l'Etat d'exception, la raison d'état, les circonstances exceptionnelles. Ces limitations prennent aussi des formes variées. On peut mentionner à ce titre l'état de siège, l'état d'urgence, les pouvoirs exceptionnels des Chefs d'Etats. Parfois même, ce sont des législations dites d'exception qui permettent d'aboutir à ces limitations. Dans tous ces cas de figure, les habilitations législatives et constitutionnelles sont très prisées ainsi que le démontre par exemple le cas burkinabè où récemment en 2022, l'Assemblée Législative de la Transition, le Parlement transitoire a habilité le Gouvernement à légiférer par ordonnances dans le cadre des nécessités de sujétions liées à la défense nationale. La justification ultime de ces limitations ainsi que l'a mentionné le Lieutenant-Colonel Paul-Henri Sandaogo dans un discours durant le

mois d'Avril 2022 est le suivant : « il vaut mieux perdre sa liberté pour un moment pour la recouvrer ensuite pour toujours plutôt que de continuer en bénéficiant aujourd'hui pour ne plus l'avoir demain et pour les générations futures ». Pour cela, il faut selon ses propos, recourir à ces limitations qui font du Chef de l'Etat un « dictateur » à l'image de celui qui existait dans l'empire romain d'occident.

L'autre constante mentionnée dans cette étude c'est que ces limitations aboutissent non seulement à des limitations des droits fondamentaux pour le salut de l'Etat mais des dérives existent. Partout dans le monde, et même aux Etats-Unis, pays de référence et pionnier en matière de droits humains et de liberté, ces dérives ont été enregistrées. Elles vont des détentions secrètes, aux exécutions sommaires en passant par les tortures, les viols, les enlèvements et les disparitions forcées. Les ONG de défense des droits humains et certaines organisations de la société civile se font l'écho des dérives dans la lutte contre le terrorisme. Dans des pays comme le Burkina, il s'agit d'un sujet tabou en raison du caractère multi-ethnique du pays et surtout des ravages que le terrorisme a fait depuis maintenant 6 ans. Pourtant les règles de l'Etat de droit et des droits humains sont formelles. Les règles de droit sont les mêmes pour tous et il n'existe pas de hiérarchie entre la protection des droits

humains et la lutte contre le terrorisme. Les limitations aux droits fondamentaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme doivent être prévues par la loi et soumises à un contrôle judiciaire. Les règles de l'Etat de droit visent à protéger la liberté des citoyens.