

## **L'instrumentalisation politique du terme juridique de la guerre**

Le Professeur Michel LIEGEOIS précise « qu'au-delà de la variété des régimes constitutionnels, la décision d'emploi de la force armée est un domaine de l'action politique dans lequel le plus haut niveau de l'État jouit d'un monopole »<sup>1</sup>.

La guerre est principalement appréhendée par des dispositions constitutionnelles régissant la compétence institutionnelle en matière de déclaration de guerre<sup>2</sup>, qu'elles confient au Parlement<sup>3</sup>. La déclaration de guerre est un acte unilatéral édicté par l'entité étatique qui traduit l'élément intentionnel de son action militaire. Cet acte est, contrairement à ce qu'il laisse entendre du point de vue sémantique, d'effet constitutif : il « ne déclare en aucune manière une situation juridique préexistante [mais] constitue [...] une situation juridique nouvelle, celle de l'état de guerre »<sup>4</sup>. Inscrite dans la logique du principe de *jus in bello* d'avertissement préalable des hostilités<sup>5</sup>, la déclaration de guerre fait souvent intervenir, directement ou indirectement, le Parlement national. Le lien entre la compétence d'avertissement préalable et le Parlement est ancien, à l'exception notable du régime britannique qui marginalise les Chambres dans la phase d'engagement des forces armées. Dans le même temps, le Chef de l'Etat ou de gouvernement bénéficie de compétences opérationnelles en matière militaire qui lui permettent d'engager la force armée en l'absence ou indépendamment de l'expression parlementaire. En profitant de cet avantage tiré de la nature de ses compétences en matière militaire, l'Exécutif favorise la marginalisation du

---

<sup>1</sup> M. LIEGEOIS, « L'instrument militaire dans la politique étrangère » in C. ROOSENS, V. ROSOUX et T. DE WILDE d'ESTMAEL, « La politique étrangère, le modèle classique à l'épreuve », Bruxelles, *P.I.E.-Peter Lang*, 2004, p. 406.

<sup>2</sup> Nous délaissions volontairement la question la contradiction des dispositions nationales sur la déclaration de guerre et l'interdiction du recours à la force armée par l'article 2 §4 de la Charte de l'ONU. V. par exemple, É. POURCEL, « Interdiction du recours à la force armée : où en est-on ? », *Comité d'études de Défense Nationale, Revue Défense Nationale*, 2017/8, n° 803, pp. 47-55. Qu'il soit permis de renvoyer aussi à G. GALUSTIAN, *Constitution et politique extérieure de l'État. Étude comparée : États-Unis, France, Royaume-Uni et Russie*, th. dactyl., Université de Montpellier, p. 491 et s.

<sup>3</sup> P. TAILLON, L.-PH. LACOMBE, « Le rôle du Parlement dans le déroulement des opérations extérieures », *Annuaire international de justice constitutionnelle, Constitution et droits sociaux - Constitution et sécurité extérieure*, 31-2015, 2016, pp. 570. Disponible en ligne : <https://doi.org/10.3406/aijc.2016.2366>

<sup>4</sup> A. HAMANN, « Le statut juridique de la déclaration de guerre », *Jus Politicum*, n° 15, janvier 2006, p. 11.

<sup>5</sup> Article 1 de la III<sup>e</sup> Convention de La Haye du 18 octobre 1907 relative à l'ouverture des hostilités, suppose que les « puissances contractantes reconnaissent que les hostilités entre elles ne doivent pas commencer sans un avertissement préalable et non équivoque, qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle ».

Parlement en interprétant strictement les dispositions en matière de déclaration de guerre. Pour ce faire, il mobilise les nuances sémantiques entourant l'action militaire. En tant que détenteur du pouvoir opérationnel, l'Exécutif dispose en effet d'une liberté de manœuvre pour désigner juridiquement l'action armée engagée.

Sur ce point, l'action militaire de l'État connaît une évolution d'ordre sémantique qui engendre des conséquences institutionnelles importantes. Les évolutions lexicologiques autour de l'action militaire sont doubles et diamétralement opposées. Le vocabulaire de la guerre est, d'une part, évité pour certaines situations qui justifient pourtant son emploi et il est, d'autre part, abusivement évoqué pour des cas qui n'en relèvent pas. Dans ce sens, le recours abondant à « l'opération extérieure » (OPEX) pour désigner les interventions militaires de l'armée française ainsi que la tendance partagée sur la scène internationale à l'invocation discutable de la « guerre » contre le terrorisme, sont deux exemples révélateurs. Paradoxalement, dans ces deux hypothèses, l'Exécutif parvient à utiliser ces nuances sémantiques contradictoires afin de s'affirmer institutionnellement dans le domaine militaire et d'asseoir son unilatéralité au détriment du Parlement. D'un côté, la déclaration de la guerre est devenue désuète au regard de la pratique politique observable sur la scène internationale et, de l'autre côté, l'Exécutif n'associe pas les Chambres au recours à la force armée qui échappe à l'appellation de guerre, tout en les marginalisant dans le domaine de la guerre contre le terrorisme. La représentation nationale se trouve de fait en dehors du processus décisionnel militaire, ce qui soulève la question du déficit démocratique en la matière.

Ainsi, d'une part, l'Exécutif de la V<sup>e</sup> République évite délibérément l'emploi du vocabulaire guerrier pour désigner des conflits armés dans lesquels les soldats français sont engagés (I). D'autre part, une tendance plus générale sur la scène internationale vise à faire référence à un concept juridiquement discutable de « guerre contre le terrorisme » (II). Dans les deux cas, les conséquences institutionnelles s'expriment par une marginalisation du Parlement national en faveur d'une prééminence de l'Exécutif dans le domaine militaire.

## **I – Un évitement pragmatique de la notion de guerre**

Alors que le volet militaire fait classiquement partie de la politique extérieure des États, au terme de guerre sont privilégiées souvent des expressions alternatives dont la plus utilisée en France est celle d'OPEX. Juridiquement imprécis, ce terme substitutif à la guerre, qui renvoie en réalité à une forme de conflit armé, invite le constitutionnaliste à s'interroger quant aux conséquences institutionnelles que son utilisation implique en matière militaire. En adoptant une approche comparatiste, il sera présentée l'hypothèse selon laquelle l'évitement du vocabulaire guerrier nourrit la volonté de l'Exécutif de marginaliser le Parlement dans la prise de décision militaire. Le mérite de l'expression d'OPEX est en effet de l'éloigner de la catégorie de guerre à laquelle les dispositions constitutionnelles font référence pour imposer la compétence du Parlement en matière de sa déclaration. La réticence de l'utilisation du vocabulaire guerrier n'est pas commune à l'ensemble des régimes et varie, en réalité, selon la place accordée au Parlement par le droit positif dans le domaine militaire. L'étude des exemples étrangers permet, dès lors, de conforter notre hypothèse d'évitement pragmatique du vocabulaire de la guerre visant à court-circuiter le Parlement.

Ainsi, le « déni de la guerre »<sup>6</sup> par l'Exécutif français (A) vise à marginaliser le Parlement dans le processus décisionnel en matière militaire (B).

### **A) Un recours abondant à la notion juridiquement douteuse d'OPEX**

Les soldats français sont engagés fréquemment sur des théâtres militaires qui échappent à l'appellation classique de « guerre » et sont désignés le plus souvent comme des OPEX. Juridiquement imprécise, l'expression d'OPEX fait référence à « une multitude de réalités parfaitement hétéroclites »<sup>7</sup>. Cette appellation peut concerner aussi bien les opérations entreprises dans un cadre strictement national – comme l'intervention française au Mali en 2013, l'opération *Barkhane* – que celles menées en coalition. Il peut s'agir d'actions sous commandement onusien – comme l'opération humanitaire *Daman* au Liban – ou dans le cadre de l'OTAN – comme l'opération *Pamir* en Afghanistan – ou de l'OSCE. L'engagement militaire peut être précédé, à l'exemple de l'opération *Oryx* en Somalie, d'un mandat du Conseil de Sécurité de l'ONU. L'OPEX renvoie, en réalité, à « une forme édulcorée de

---

<sup>6</sup> Le rapport d'information sur la mission « Engagement et diplomatie », n° 2777, présenté par G. M. CHAUVEAU et H. GAYMARD, le 20 mai 2015, Documents d'information de l'Assemblée nationale, Paris, Assemblée nationale, 2015, p. 16.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

conflit »<sup>8</sup> et concerne des actions de nature belligérante qui se manifestent dans une série d'opérations variées mobilisant près de 10 000 hommes ainsi que quelques 1,44 milliards d'euros en 2020 et 2021<sup>9</sup>.

Alors que l'expression d'« OPEX » est abondamment utilisée, elle ne correspond pas à une catégorie juridiquement définie. L'article L. 4123-12 du Code de la défense, définissant l'excuse pénale du militaire<sup>10</sup>, fait référence aux « opérations mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises », sans toutefois expliciter les critères juridiques auxquels ces opérations renvoient. Christophe RICHER propose de rechercher la genèse de l'expression dans la croix de guerre aux théâtres d'opérations extérieures (TOE), créée par la loi du 30 avril 1921<sup>11</sup>, qui était destinée à décorer les militaires ayant participé à des opérations à l'étranger<sup>12</sup>. L'auteur admet dans le même temps que « la filiation entre la croix de guerre aux TOE et les OPEX est, au mieux, indirecte »<sup>13</sup>. Après avoir constaté l'insuffisance des définitions proposées par les Assemblées parlementaires<sup>14</sup>, Christophe ROCHER suggère de retenir les trois « éléments structurant » les opérations extérieures : 1°) la projection des forces qui a lieu 2°) hors des zones de souveraineté française 3°) dans un contexte dégradé<sup>15</sup>.

La frontière entre la guerre et les OPEX dans le discours politique demeure toutefois extrêmement floue. À propos de l'intervention en Afghanistan par exemple, François

---

<sup>8</sup> P. TAILLON, L.-PH. LACOMBE, *op. cit.*,

<sup>9</sup> L. SAINT-MARTIN et A. BONO-VANDORME, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2022. Annexe n° 13. Défense : Budget opérationnel de la défense, Paris, Assemblée nationale, 7 octobre 2021, p. 29.

<sup>10</sup> L'article L. 4123-12 du Code de la défense précise les hypothèses de faits justificatifs spécifiques pour les militaires permettant d'exclure leur responsabilité pénale. Cette excuse pénale propre aux militaires est importante puisque certains faits justificatifs de droit commun, comme la légitime défense et l'état de nécessité, ne peuvent être que rarement mobilisés en matière militaire. Ainsi, l'alinéa 1 de l'article précité précise qu'« outre les cas de légitime défense, n'est pas pénalement responsable le militaire qui déploie, après sommations, la force armée absolument nécessaire pour empêcher ou interrompre toute intrusion dans une zone de défense hautement sensible et procéder à l'arrestation de l'auteur de cette intrusion. ». Son alinéa 2 ajoute que « n'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération militaire se déroulant à l'extérieur du territoire français, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement de sa mission »

<sup>11</sup> L'auteur cite la Loi du 30 avril 1921 instituant une croix de guerre spéciale au titre des théâtres extérieurs d'opérations.

<sup>12</sup> C. RICHER, « Opérations extérieures : un essai de définition », *Les Champs de Mars*, 36/2021, p. 133.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> L'auteur cite notamment F. LAMY, Rapport d'information par la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le contrôle parlementaire des opérations extérieures, Assemblée nationale, Commission de la défense nationale et des forces armées, 8 mars 2000, p. 12, [www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i2237.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i2237.asp) Dans ce rapport, les OPEX désignent l'envoi de « troupes hors de la métropole pour des opérations à caractère exceptionnel, non planifiées et dont la durée peut ne pas être prévisible au moment où elles sont déclenchées ».

<sup>15</sup> C. RICHER, *op. cit.*, p. 135.

FILLON, alors Premier ministre, indiquait en 2008 que la France n'est « nullement en guerre avec le peuple afghan » même si les troupes françaises « peuvent être engagées ou impliquées dans des opérations de guerre »<sup>16</sup>. *In fine* l'Exécutif est seul compétent pour désigner une opération d'OPEX. La qualification d'opération extérieure<sup>17</sup> pour un conflit militaire est en effet rattachée à son ouverture par voie réglementaire<sup>18</sup> et l'article L. 4123-4 du Code de la Défense précise explicitement que la désignation d'une OPEX revient au ministre chargé de la Défense. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire de l'Exécutif dans la mesure où cette décision est considérée par le juge administratif comme faisant partie de la catégorie d'actes de gouvernement et donc insusceptible de recours contentieux<sup>19</sup>. Il est à relever également qu'en 2008<sup>20</sup>, le constituant a manqué l'occasion d'apporter plus de clarté sur cette question. Alors que l'article 35 de la Constitution a été révisé pour ajouter un alinéa définissant un mécanisme informationnel du Parlement en matière militaire, la disposition fait désormais référence à la « guerre » dans son alinéa 1 et à « l'intervention à l'étranger » dans les alinéas 2 et 3. Cette dichotomie sémantique interroge en ce que le constituant n'a pas cherché à mettre la norme suprême en cohérence avec la pratique politique en associant notamment le mécanisme informationnel aux OPEX.

La tendance d'évitement sémantique de la guerre diffère selon les États. Les autorités russes, par exemple, font aussi preuve d'une certaine réticence dans l'emploi du terme de guerre. Ainsi, l'intervention des forces armées russes en Ukraine, en 2022, est désignée, en Russie, sous l'expression d'« opération spéciale »<sup>21</sup>. D'ailleurs, le nouvel article 20.3.3 du Code des infractions administratives, tel qu'il résulte de la révision du 5 mars 2022, qui interdit de « discréditer l'action des forces militaires russes », a pu servir de base pour l'arrestation des manifestants appelant à la fin de la « guerre » en Ukraine.<sup>22</sup> Toutefois, dans le cas de la Russie, cette tendance d'éviter l'emploi du terme guerre s'explique moins par des considérations institutionnelles nationales qu'en raison du droit international public. Mener

---

<sup>16</sup> A.N., 1<sup>re</sup> séance du 22 septembre 2008, JO du 23 septembre, p. 4903.

<sup>17</sup> Pour une étude récente de l'utilisation de la notion d'OPEX, voir CH. RICHER, « Opérations extérieures : un essai de définition », *Les Champs de Mars*, vol. 36, no. 1, 2021, pp. 131-146.

<sup>18</sup> Le rapport d'information sur la mission « Engagement et diplomatie », *op. cit.*, p.10.

<sup>19</sup> CE, 5 juillet 2000, *Mégret et Mekhantar*, n° 206303 et 206965.

<sup>20</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République.

<sup>21</sup> Pour une analyse détaillée de cette question, qu'il soit permis de renvoyer à G. GALUSTIAN, « La guerre en Ukraine ; aperçu constitutionnel », *LE BLOG DU CERCOP, Questions constitutionnelles*, avril 2022. Disponible en ligne : <https://montpelliercercop.blogspot.com/2022/04/la-guerre-en-ukraine-apercu.html>

<sup>22</sup> Voir K. ШУБИНА, « "Спецоперация в судах". Как в России судят по новой статье о "дискредитации" армии: рассказывают юрист и задержанные », *Настоящее Время*, 13 марта 2022." [K. SHUBINA, « "Opération spéciale devant les tribunaux" », Comment un nouvel article sur le "discrédit" de l'armée est jugé en Russie : un avocat et des détenus disent", *Le temps présent*, 13 mars 2022]. Disponible en ligne : <https://www.currenttime.tv/a/protokoly-po-zakonu-o-voennoi-cenzure/31750010.html>

une « guerre » en Ukraine serait contradictoire avec la Charte des Nations unies qui interdit, en principe, le recours à la force armée, ce que l'Assemblée générale des Nations unies a précisé dans une récente résolution<sup>23</sup>. Plus généralement, la Constitution russe elle-même est marquée par une ambiguïté sémantique concernant le domaine de l'action militaire. L'article 102 d) de la norme suprême définit la compétence du Conseil de la Fédération en matière de « recours aux Forces armées de la Fédération de Russie hors des limites du territoire de la Fédération de Russie », sans faire référence à la guerre donc. Dans le même temps, l'article 71 fixe le partage vertical des compétences et attribue celle concernant « la guerre et la paix » à la Fédération, tandis que l'article 106 qui organise le processus législatif dispose que les lois adoptées par la Douma d'État portant sur les questions de « la guerre et de la paix » doivent être obligatoirement soumises au Conseil de la Fédération. Ces articles précités, tout en faisant référence à la guerre, ne définissent pas l'organe compétent en matière de sa déclaration. La lecture combinée des dispositions précitées permet néanmoins de supposer que les expressions de « guerre » et de « recours aux Forces armées » sont indifféremment employées.

Aux États-Unis, la notion de la guerre est surtout mobilisée pour faire référence, maladroitement, à la lutte contre le terrorisme<sup>24</sup>. De plus, une certaine ambiguïté se constate au sein de l'ensemble normatif dans la mesure où la *War Powers Resolution*, votée en 1973 pour renforcer les pouvoirs du Congrès en matière militaire, se réfère à la guerre (« war ») dans son titre mais traite des « hostilités » au sein de ses dispositions, un terme souffrant de définition précise. La loi dispose que le Président engage les forces armées dans les « hostilités » ou dans les « hostilités imminentes » en l'absence de déclaration de guerre. Ceci permet de supposer que les hostilités correspondent aux engagements armés qui ne peuvent pas être qualifiés de guerre, faute de déclaration. Selon les travaux préparatoires de la loi, toutefois, le terme d'« hostilités » a été préféré à celui de « conflit armé » car il est considéré comme ayant une portée plus large. Il englobe non seulement « la situation dans laquelle les combats ont réellement commencé », mais également « un état de confrontation dans lequel aucun coup de feu n'a été tiré mais où il y a un danger actuel de conflit armé ». De plus, l'expression d'« hostilités imminentes » renvoie à une situation dans laquelle il existe « un potentiel évident soit pour un tel état de confrontation, soit pour un véritable conflit armé ».

---

<sup>23</sup> *Aggression against Ukraine* (A/ES-11/L.1), Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 2 mars 2022. Disponible en ligne : <https://reliefweb.int/report/ukraine/aggression-against-ukraine-aes-1111>

<sup>24</sup> Voir *infra*.

Dans le même temps, au Royaume-Uni, les autorités font aisément référence à la guerre en désignant des opérations dans lesquelles sont engagées les armées nationales<sup>25</sup>. Cette tendance mérite d'être étudiée à l'aune des spécificités institutionnelles du régime britannique en matière militaire<sup>26</sup> et n'invalide pas notre hypothèse d'évitement stratégique de la sémantique guerrière en France. La qualification en OPEX est en effet importante du point de vue constitutionnel en ce qu'elle interroge quant aux conséquences institutionnelles que l'évitement sémantique de la guerre induit.

### B) Une marginalisation subséquente du pouvoir constitutionnel du Parlement

Évitant de recourir au terme de « guerre » pour désigner des opérations militaires, l'Exécutif cherche à soustraire ces dernières du régime juridique rattaché à l'action guerrière. Lionel JOSPIN soulignait à propos de l'engagement français au Kosovo que « [l]a portée pratique de l'article 35, dans la Constitution telle qu'elle est, se limite [...] à l'hypothèse d'une guerre classique entre États, situation dans laquelle, à l'évidence, nous ne nous trouvons pas »<sup>27</sup>. La norme suprême définit les compétences militaires des Chambres précisément dans le domaine de la déclaration de guerre et non celle des OPEX. En retenant une interprétation stricte de ces dispositions, l'Exécutif parvient *in fine* à marginaliser le rôle des Chambres et de s'imposer comme le véritable maître du jeu en matière militaire. Dans les faits, la cessation de l'état de paix ne se matérialise plus, dans la pratique des États, par l'acte de déclaration de guerre dont les derniers exemples datent de la Seconde guerre mondiale. Dès la Première guerre mondiale, s'observe la « recrudescence remarquable de la déclaration de guerre »<sup>28</sup>. La dernière déclaration de guerre prononcée par la France remonte à la III<sup>e</sup> République, celles des États-Unis et du Royaume-Uni à 1942, tandis que la Russie n'a jamais déclaré de guerre depuis les débuts de son régime actuel<sup>29</sup>. Si le Congrès américain a pu intervenir directement en votant une telle déclaration à quelques rares occasions<sup>30</sup>, le pouvoir d'autorisation du Parlement français dans ce domaine a toujours été « ornemental »<sup>31</sup>. Il n'a été mis en

---

<sup>25</sup> Notamment, David CAMERON parle de la « guerre » en Irak (voir par exemple, [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/5108584.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/5108584.stm)); Boris JOHNSON parle des guerres à Yémen, en Syrie et au Soudan du Sud (voir par exemple, <https://hansard.parliament.uk/commons/2021-03-16/debates/52D67D49-A516-4598-AC69-68E8938731D9/IntegratedReview>).

<sup>26</sup> Voir *infra*.

<sup>27</sup> A.N., séance du 26 mars 1999, JO du 27 mars, p. 2985.

<sup>28</sup> A. HAMANN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>29</sup> Nous nuancerons ce propos *infra* en discutant d'un éventuel renouvellement de forme de déclaration de guerre.

<sup>30</sup> Le Congrès n'a déclaré la guerre que cinq fois : en 1812, en 1846, en 1898, en 1917 et en 1941.

<sup>31</sup> M. A. AILINCAI, « Le contrôle parlementaire de l'intervention des forces armées à l'étranger. Le droit constitutionnel français à l'épreuve du droit comparé », *RDP*, novembre 2011, p. 129.

application ni sous la République actuelle ni sous une République antérieure<sup>32</sup>. Guy CARCASSONNE affirmait que l'article 35 de la Constitution de 1958 n'était tout simplement plus plausible<sup>33</sup>.

La façon dont les compétences institutionnelles sont réparties dans le domaine militaire sont assez proches dans différents régimes nationaux, à l'exception du régime britannique. Sur ce point, l'étude du droit français mérite d'être mise en perspective dans une approche comparatiste. Malgré la différence théorique<sup>34</sup> entre les régimes, la pratique politique au sein des États converge dans le sens d'un commandement *in jure* ou *de facto* des forces armées par le Chef d'Exécutif. Le Parlement, quant à lui, est cantonné à un rôle complémentaire dans la mesure où son vote en matière de déclaration de guerre, bien qu'exigé par le droit, n'est pas nécessaire du point de vue politique et technique pour engager les forces armées sur un terrain militaire. Cette différence de nature de pouvoirs permet à l'Exécutif d'interpréter largement la notion de guerre et les compétences parlementaires en la matière.

Ainsi, l'article 15 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République définit le Président comme le chef des armées, tandis que l'article 87 de la Constitution russe et l'article II de la norme suprême américaine désignent le Président de l'État comme le Commandant en chef des armées. Bénéficiaire du plus haut titre militaire, le Chef d'Exécutif américain et russe est donc intégré dans le commandement militaire de sorte à pouvoir s'adresser directement aux armées en formulant des ordres, compris au sens militaire. En l'absence de pouvoir de commandement, le Chef d'État français ne peut, quant à lui, donner d'ordres aux militaires. Il transmet ses décisions politiques sous forme de directives au chef d'État-Major qui, en qualité de plus haut responsable militaire, se charge de leur réalisation opérationnelle. Quant au rôle du Parlement dans la décision militaire, un lien ancien existe entre ce dernier et le principe d'avertissement préalable des hostilités, malgré quelques différences dans l'exercice de cette compétence. Si le Congrès américain est habilité par l'article I de la section 8 de la Constitution à déclarer directement la guerre<sup>35</sup>, en Russie<sup>36</sup> et en France<sup>37</sup>, le pouvoir parlementaire se borne à la

---

<sup>32</sup> E. ZOLLER, « The War Powers in French Constitutional Law », *ASIL Proceedings*, 1996, pp. 47-49.

<sup>33</sup> G. CARCASSONNE, *La Constitution*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Points, 2019, p. 181.

<sup>34</sup> Cette distinction entre différentes formes de responsabilités militaires du chef de l'État a été mise en lumière par le Professeur Luc KLEIN dans une étude consacrée principalement à la France et aux États-Unis, L. KLEIN, *Le contrôle institutionnel de la force armée en démocratie*, Paris, Mare & Martin, Coll. Bibliothèque des thèses, 2020, voir particulièrement pp. 201 et s.

<sup>35</sup> B. ACKERMAN, « Trump Must Get Congress's O.K. on Syria », *The New York Times*, April 7, 2017; L. FISCHER, « Only Congress can Declare War », *ABA Journal*, Feb. 01, 2012.

fonction permissive d'un acte dont l'initiative revient à l'Exécutif. Ainsi, dans le régime présidentiel des Etats-Unis, l'intervention du Congrès est intégrée dans une logique de codécision où les compétences parlementaire et présidentielle se complètent pour mettre en œuvre l'engagement militaire. À son tour, la loi votée par les Chambres françaises dans un bicamérisme égalitaire<sup>38</sup> et la décision – *постановление* – adoptée par le Conseil de la Fédération russe s'apparentent à des actes-conditions<sup>39</sup> et, à ce titre, sont exclues de la logique de codirection. La loi fédérale russe d'application des dispositions constitutionnelles votée en 1995<sup>40</sup> confirme que le déploiement est décidé par le Président de la Fédération sur la base d'une décision – *постановление* – du Conseil de la Fédération adoptée sur initiative du Chef de l'État. Le vote parlementaire doit préciser le périmètre d'intervention, les objectifs poursuivis, le nombre de soldats déployés, le type d'équipements utilisés, le délai de l'opération ou de sa prolongation et les conditions de son retrait<sup>41</sup>.

La compétence parlementaire en matière d'avertissement préalable des hostilités répond à un double argument. Premièrement, elle relève du souci démocratique<sup>42</sup> dans la mesure où, comme le soulignait le doyen Léon DUGUIT, « un acte aussi grave que l'entreprise d'une guerre, qui peut mettre en question l'existence même de la patrie, ne doit jamais être accompli sans l'assentiment exprès des représentants élus de la nation »<sup>43</sup>. Deuxièmement, selon l'approche théorique de la paix démocratique, l'intervention du Parlement est de nature à limiter les tendances belligérantes de l'Exécutif et se présente comme un facteur de prévention des conflits<sup>44</sup>. Benjamin CONSTANT affirmait que « la seule garantie possible contre les guerres inutiles ou injustes, c'est l'énergie des assemblées représentatives. »<sup>45</sup> Les Pères fondateurs expliquaient dans le même sens que le système constitutionnel américain

---

<sup>36</sup> Selon l'article 102 alinéa 1 d) de la Constitution, Conseil de la Fédération est compétent en matière de « décision relative à la possibilité de recourir aux Forces armées de la Fédération de Russie hors des limites du territoire de la Fédération de Russie ».

<sup>37</sup> Article 35 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République.

<sup>38</sup> Articles 131 du Règlement de l'Assemblée nationale et article 73 du Règlement du Sénat.

<sup>39</sup> CH. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Paris, Ed. A. Pedone, 1983, p. 29-58.

<sup>40</sup> Федеральный закон от 23 июня 1995 года № 93-ФЗ « О порядке предоставления Российской Федерацией военного и гражданского персонала для участия в деятельности по поддержанию или восстановлению мира и безопасности » [La loi fédérale du 23 juin 1995, n° 93-FZ, portant « Sur l'ordre du déploiement des forces armées et civiles de la Fédération de la Russie pour la participation aux actions de maintien ou rétablissement de la paix et de sécurité »].

<sup>41</sup> Article 7 de la loi.

<sup>42</sup> Rapport de la Commission européenne pour la démocratie par le droit sur le contrôle démocratique des forces armées, CDL-AD (2008) 004, p. 151-152.

<sup>43</sup> Cité par R. LEBLOND-MASSON, « Le Parlement et la décision de guerre : retour sur l'article 35 de la Constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4, n° 104, p. 850.

<sup>44</sup> Cité par L. F. DAMROSCH, « Constitutional Control over War Powers: a Common Core of Accountability in Democratic Societies? », *University of Miami Law Review*, 1995, n° 50, p. 189.

<sup>45</sup> B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, t. I – P. I, Éd. Didier, 1836, p. 196-197.

« n'encouragera pas les guerres », puisque le pouvoir d'y impliquer les États-Unis « n'appartient pas à un seul », mais au Congrès<sup>46</sup>. Christopher COLLIER et James Lincoln COLLIER, deux chercheurs ayant étudié la Convention de Philadelphie, ont précisé qu'il n'y avait « aucune autre question sur laquelle la Convention était si solidement d'accord que celle [selon laquelle] le pouvoir de déclarer la guerre devait être exercé par le Congrès, et non par le Président »<sup>47</sup>.

Puisque l'article 35 de la Constitution française habilite le Parlement à déclarer la guerre, en évitant de désigner une opération sous le vocable guerrier, l'Exécutif ne s'estime plus lié par cette obligation d'associer les Chambres en amont d'une intervention armée. La décision unilatérale du Président d'engager les forces armées à l'étranger est d'autant plus immunisée juridiquement que le contrôle prétorien en la matière est exclu. Saisi de la décision présidentielle d'engager militairement la France dans l'opération « Allied Force » de police internationale menée contre la Serbie de Slobodan MILOSEVIC, le Conseil d'État mobilise en effet la théorie jurisprudentielle d'acte de gouvernement et retient que la décision litigieuse n'était pas « détachable de la conduite des relations internationales de la France [et que la] juridiction administrative n'[était] dès lors pas compétente pour connaître des requêtes »<sup>48</sup>. L'hypothèse d'un évitement pragmatique de la notion de guerre par l'Exécutif se confirme à l'aune de la comparaison avec d'autres régimes qui ne connaissent pas d'OPEX dans leur pratique militaire. Sur ce point, les exemples précités du Royaume-Uni et de la Russie sont particulièrement parlants : au regard des particularités de ces régimes, la référence à la « guerre » représente un moindre coût politique pour l'Exécutif.

Au Royaume-Uni d'abord, la tendance du gouvernement à se référer aisément à la notion de guerre se comprend en raison des spécificités du régime britannique dans lequel la politique militaire, intégrée dans la Prérogative royale<sup>49</sup>, échappe, en principe, à l'intervention préalable des Chambres. Le régime britannique constitue en effet une exception notable en matière de répartition des compétences militaires. Le pouvoir militaire est exercé *de facto* par le Premier ministre et le gouvernement, tandis que le Chef de l'État garde, du moins en théorie, la

---

<sup>46</sup> « James Wilson, Pennsylvania Ratifying Convention, 11 Dec. 1787 » in Philip B. KURLAND, R. LERNER (eds.), *The Founder's Constitution*, Chicago UP and Liberty Fund.

Disponible en ligne : <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch7s17.html>

<sup>47</sup> C. COLLIER et J.L. COLLIER, *Decision in Philadelphia: the constitutional convention of 1787*, New York, Ballantine Books, 1987, p. 331.

<sup>48</sup> CE, *Mégret et Mékhantar*, 5 juillet 2000, 206303 206965, Lebon.

<sup>49</sup> C. TURPIN et A. TOMKINS, « British Government and the Constitution : Text and Materials », 6e éd., Cambridge, *Cambridge University Press*, 2007, p. 163.

possibilité de prévenir l'utilisation inconstitutionnelle de l'option militaire et, de façon plus symbolique, de décerner les honneurs en tant que *fountain of honours*<sup>50</sup>. Le Parlement britannique se trouve, en revanche, totalement démuné de tout pouvoir dans cette phase de la décision militaire. Les traces du principe portant sur le consentement parlementaire à l'engagement des forces armées se retrouvent, certes, dans l'*Act of Settlement* de 1700 qui, dans sa section 3, dispose que le Parlement autorise « toute guerre aux fins de la défense des territoires qui n'appartiennent pas à la Couronne d'Angleterre ». Toutefois, ces dispositions n'ont pas reçu de traduction politique et n'ont été seulement qu'« évoquées de façon éphémère » dans l'Histoire britannique récente<sup>51</sup> de sorte que le consensus politique existe autour de l'absence de contrainte juridique pesant sur le gouvernement en matière d'association militaire, même s'il a pu être remis en question, notamment, depuis 2003<sup>52</sup>. Dès lors, la référence à la guerre par le gouvernement britannique n'entraîne aucune obligation pour le gouvernement d'associer le Parlement.

En Russie ensuite, l'Exécutif fait preuve d'une tendance quasi-systématique<sup>53</sup> d'association parlementaire préalable à l'opération militaire. Même pour les opérations qui ne sont pas désignées sous le terme de « guerre », l'Exécutif consulte la représentation nationale en amont. Le Conseil de la Fédération s'est ainsi exprimé<sup>54</sup> avant l'intervention précitée des forces armées russes en Ukraine de 2022, désignée, en Russie, sous l'expression d'opération spéciale. Le Conseil de la Fédération a également voté, sur le fondement de la loi de 1995

---

<sup>50</sup> À ce titre, si le commandement des opérations lors de la Seconde Guerre mondiale était assuré par Winston CHURCHILL, l'enrôlement des volontaires était effectué *For King and Country*.

<sup>51</sup> Voir HC Deb 21 October 2005, vol. 437, col 1087, *Claire Short (Lab) in respect of the Armed Forces (Parliamentary Approval for Participation in Armed Conflict) Bill*.

<sup>52</sup> En 2003, Tony BLAIR a initié la consultation du Parlement en amont de l'intervention des forces britanniques en Irak. Ce précédent a constitué le cas inédit dans l'Histoire britannique d'un vote parlementaire substantiel et préalable à un engagement armé. Il est tout de même important de rappeler le contexte politique de ce vote. En 2003, l'expression parlementaire a été sollicitée alors que la résolution dans le sens de l'opération collective en Irak était bloquée au sein du Conseil de sécurité des Nations Unies par la France et la Russie. Pour le gouvernement britannique, le recours au vote du Parlement se présentait ainsi comme politiquement opportun dans la mesure où il devenait une « source alternative de légitimité » (V. FIKFAK, H. J HOOPER, *Parliament's secret war*, London, Hart Studies in Security and Justice, vol. 2, 2018, p. 49). Ce précédent n'a toutefois pas été renouvelée de façon systématique et ne permet donc pas de l'appréhender comme une convention constitutionnelle allant dans le sens d'une obligation de consulter le Parlement préalablement aux engagements armés.

<sup>53</sup> Pour un contre exemple, en 2008, le Président MEDVEDEV qui a décidé l'intervention de l'armée russe en Géorgie a agi sans solliciter le Conseil de la Fédération

<sup>54</sup> Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 22.02.» № 35-СФ « Об использовании Вооруженных Сил Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации » [La décision du Conseil de la Fédération de l'Assemblée de la Fédération de la Fédération de la Russie du 22 février 2022, № 35-SF, portant sur « Le déploiement des forces armées de la Fédération de la Russie à l'extérieur des frontières de la Fédération »].

précitée, l'autorisation de déployer les forces armées au Kosovo en 1999<sup>55</sup>, au Soudan en 2005<sup>56</sup>, au Tchad et en Centrafrique en 2008<sup>57</sup>. En 2009<sup>58</sup> et 2014<sup>59</sup>, il s'est exprimé sur la base de la loi de 2009<sup>60</sup> en autorisant le déploiement opérationnel des forces armées en Ukraine et en Syrie. L'exemple russe ne vient pas pour autant invalider notre hypothèse d'évitement pragmatique du vocabulaire guerrier par l'Exécutif français pour marginaliser le Parlement. Le cas russe mérite d'être appréhendé dans la globalité du régime autoritaire qui le caractérise et d'être analysé à l'aune de la *verticale du pouvoir*<sup>61</sup> qui irrigue largement son système institutionnel. Au regard de la fidélité politique de la majorité parlementaire dont dispose le Chef de l'État, ce vote – acquis d'avance et exprimé sans réserve – vient en réalité légitimer la décision présidentielle. L'autorisation du Conseil de la Fédération n'acquiert d'ailleurs une force politique qu'à condition que l'Exécutif engage effectivement l'armée sur un terrain militaire. Par exemple, le 1<sup>er</sup> mars 2014, dans le contexte de la crise de la Crimée et en application de l'article 102 d) de la Constitution, le Président russe a déposé devant le Conseil de la Fédération une demande d'autorisation de déployer les forces armées en Ukraine, motivée par la menace pesant sur la vie des citoyens russes, des compatriotes russes, des soldats positionnés sur le territoire ukrainien en application du traité international. Le

---

<sup>55</sup> Постановление от 25 июня 1999 № 262-СФ2 « Об использовании воинских формирований вооруженных сил российской федерации в международном присутствии по безопасности в Косово, Союзная Республика Югославия » [La décision du 25 juin 1999, n° 262-CF2 « Sur l'utilisation de formations militaires des forces armées de la Fédération de Russie dans le cadre de la présence internationale de sécurité au Kosovo, République fédérale de Yougoslavie »].

<sup>56</sup> Постановление от 27 декабря 2005 № 455-СФ « Об использовании воинского формирования вооруженных сил российской федерации в операции ООН по поддержанию мира в республике Судан » [La décision du 27 décembre 2005, n°455-CF « Sur l'utilisation de la formation militaire des forces armées de la Fédération de Russie dans l'opération de maintien de la paix des Nations Unies en République du Soudan »].

<sup>57</sup> Постановление от 25 августа 2008 № 299-СФ « Об использовании воинского формирования Вооруженных Сил Российской Федерации в операции Европейского союза в поддержку присутствия ООН в Республике Чад и Центральноафриканской Республике » [La décision du 25 août 2008, n° 299-CF « Sur l'utilisation d'une formation militaire des Forces armées de la Fédération de Russie dans l'opération de l'Union européenne à l'appui de la présence de l'ONU en République du Tchad et en République centrafricaine »].

<sup>58</sup> Постановление СФ ФС РФ от 16.12.2009 N 456-СФ « Об оперативном использовании формирований Вооруженных Сил Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации » [La décision CF FR du 16 décembre 2009, n° 456-CF « Sur l'utilisation et formation opérationnelles des forces militaires de la Fédération de la Russie en dehors du territoire de la Fédération Russe »].

<sup>59</sup> Постановление от 1 марта 2014, № 48-СФ « Об использовании Вооруженных Сил Российской Федерации на территории Украины » [Décision du 1er mars 2014, n° 48-SF portant « Sur le déploiement des forces armées de la Fédération de la Russie sur le territoire de l'Ukraine »].

<sup>60</sup> Федеральный закон от 9 ноября 2009 года № 252-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об обороне”» [La loi fédérale du 9 novembre 2009, n° 252-FZ, portant « Sur les modifications de la loi portant « Sur la Défense »].

<sup>61</sup> Pour une analyse détaillée de cette notion, voir par exemple, C. FAUCONNIER, « La verticale du pouvoir, force et faiblesse de la Russie de Vladimir Poutine », *Revue internationale et stratégique*, 2020, n°2, pp. 154-162; К. КОСАЧЁВ, « Внешнеполитическая вертикаль », *Россия и глобальная политика*, 2004, n°3, [K. KOSATCHEV, « La verticale du pouvoir extérieur », *La Russie et la politique globale*, 2004, n°3]. Disponible en ligne : <https://globalaffairs.ru/articles/vneshnepoliticheskaya-vertikal/>;

même jour, par un vote unanime de 90 membres présents en séance, le Conseil de la Fédération a adopté une décision autorisant le Président « à déployer les forces armées de la Fédération de la Russie sur le territoire ukrainien pour la normalisation de la situation civilo-politique de cet État »<sup>62</sup>. Non seulement le vote du Conseil de la Fédération était marqué par une imprécision en termes de périmètre concerné, de nombre de soldats déployés et d'équipement utilisé mais, de plus, « aucune concrétisation formelle de cette décision n'a été observée de la part du Président [...]. De fait, la présence militaire russe en Ukraine s'est avérée secrète »<sup>63</sup>.

Alors que la référence à la guerre se raréfie concernant les opérations militaires, il est d'autant plus paradoxal de constater que la lutte contre le terrorisme est marquée, à son tour, par une « étrange banalisation de la guerre et de sa déclaration »<sup>64</sup>. La référence à la guerre contre le terrorisme est largement critiquée en doctrine, y compris américaine<sup>65</sup>, qui l'associe à une « absurdité »<sup>66</sup> linguistique. La lutte contre le terrorisme semble en effet « n'avoir rien d'une guerre »<sup>67</sup>. Ce constat est d'autant plus important à relever que la guerre contre le terrorisme est un argument fréquemment invoqué à l'appui d'une action unilatérale de l'Exécutif au regard, notamment, de la gravité de la menace qu'elle cherche à combattre.

---

<sup>62</sup> Постановление от 1 марта 2014, № 48-СФ « Об использовании Вооруженных Сил Российской Федерации на территории Украины » [La décision du 1er mars 2014, n° 48-SF portant « Sur le déploiement des forces armées de la Fédération de la Russie sur le territoire de l'Ukraine »].

<sup>63</sup> В. КРЯЖКОВ, « Крымский прецедент: конституционно-правовое осмысление », *Сравнительное Конституционное обозрение*, 2014, n°5 (102), с. 86 [V. KRYAZHKOV, « Le précédent de la Crimée : l'analyse juridico-constitutionnelle », *L'observatoire constitutionnel comparé*, 2014, n°5 (102), p. 86].

<sup>64</sup> A. HAMANN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>65</sup> Voir par exemple, O. FISS, « The War Against Terrorism and the Rule of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 26 (2), juin 2006, p. 235-256.

<sup>66</sup> A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, mars-avril 2008, n° 343, vol 3/4, p. 156.

<sup>67</sup> J. ARLETTAZ, « L'encadrement constitutionnel de la “guerre contre le terrorisme” », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, sous la direction de J. ALIX et O. CAHN, Actes de colloque des 9 et 10 février 2017, à l'Université de Lille, Dalloz, 2017, p. 210.

## II – Une référence stratégique à la guerre contre le terrorisme

Alors que le débat autour de la lutte contre le terrorisme s'est engagé dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, à l'occasion des conférences de Rome et de Saint-Pétersbourg<sup>68</sup>, il a gagné en intensité avec le développement du terrorisme international, dans les années 1980-1990, et s'est tout particulièrement accentué après les attentats du 11 septembre de New-York. S'exprimant devant le Congrès, le 20 septembre 2001<sup>69</sup>, le Président BUSH déclarait « *We are at war* » et, lors du discours du 16 novembre 2015<sup>70</sup>, le Président HOLLANDE affirmait que « la France [était] en guerre ». Déclarée par les Présidents américain et français, dans les contextes respectifs du « *post-11 septembre* » et « *post Charlie Hebdo* », la guerre contre le terrorisme est tout aussi métaphorique que la guerre contre la terreur déclarée par le Président POUTINE face aux groupes terroristes tchétchènes en 1999, que la guerre économique déclarée par le Président TRUMP à la Chine en 2018 ou que la guerre sanitaire déclarée au virus COVID19 par le Président MACRON en 2020.

La guerre contre le terrorisme est, en réalité, un biais sémantique permettant de souligner la gravité de la situation de sorte à légitimer la centralisation du pouvoir autour de l'Exécutif. Le climat de terreur et de panique provoquée par les attentats terroristes crée un terrain propice pour un volontarisme politique et la mise en place de catégories juridiques discutables. Aussi métaphoriques soit-elle, la sémantique guerrière autour de la lutte contre le terrorisme acquiert une valeur performative dans une logique de *speech act theory* de John Langshaw AUSTIN<sup>71</sup>, puisque la réalité de « la guerre contre le terrorisme n'a rien d'hypothétique »<sup>72</sup>. Bien plus qu'un simple slogan politique ou un biais rhétorique, elle entraîne des conséquences politiques et institutionnelles dans l'action extérieure des États dans la mesure où « l'expression permet de qualifier politiquement la situation pour justifier juridiquement les

---

<sup>68</sup> Voir R. BACH JENSEN, *The Battle Against Anarchist Terrorism: An International History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 259 et s.

<sup>69</sup> L'analyse de l'expression invite à s'intéresser par ailleurs à deux autres interventions du Président BUSH, à savoir le discours sur l'état de l'Union du 21 janvier 2002 et celui de juin 2002 prononcé à l'Académie militaire. Il est important de noter qu'initialement le Président BUSH emploie l'expression de la guerre contre la terreur sans faire référence au terrorisme.

<sup>70</sup> Lors du discours du 16 novembre 2015 devant les députés et des sénateurs réunis en Congrès à Versailles, le Président HOLLANDE dit « Les actes commis vendredi soir à Paris et près du Stade de France sont des actes de guerre. Ils ont fait au moins 129 morts et de nombreux blessés. Ils constituent une agression contre notre pays, contre ses valeurs, contre sa jeunesse, contre son mode de vie. »

<sup>71</sup> J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1991, 202 p.

<sup>72</sup> R. M. PEREIRA, « Quinze ans de lutte contre le terrorisme aux États-Unis, une guerre qui dit son nom », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, op. cit., p. 29.

mesures énergiques. »<sup>73</sup>. Comme toute guerre, celle supposément menée contre le terrorisme « induit le renforcement de l'unité nationale »<sup>74</sup> et, comme conséquence, la centralisation du pouvoir. La politique menée au nom ou sous l'alibi de la guerre contre le terrorisme marque une militarisation de l'action extérieure et une « administrativisation »<sup>75</sup> de l'action intérieure. Du point de vue institutionnel, les deux mouvements induisent un renforcement de l'Exécutif. La tête de l'Exécutif, chef ou le commandant en chef des armées, est, d'une part, inévitablement favorisée dans l'hypothèse d'une intervention militaire extérieure. Le chef de l'État ou de gouvernement est, d'autre part, renforcé dans la politique intérieure. Dans le cas français, ce renforcement est indirect mais nécessaire : le Premier ministre, qui dispose de l'action de l'Administration, est, sauf période de cohabitation, sous la domination politique du Président.

Ainsi, alors que « la guerre contre le terrorisme » est à l'origine de conséquences institutionnelles importantes, elle semble entrer en contradiction avec la définition même de la guerre et de l'ennemi (A), elle interroge quant au statut juridique reconnu aux terroristes (B) tout en s'inscrivant dans un cadre temporel et géographique fluctuant (C).

#### A) Un nominalisme discutable de « la guerre contre le terrorisme »

La querelle nominaliste entre la « lutte » et la « guerre » contre le terrorisme est loin d'être anodine du point de vue juridique au regard des répercussions institutionnelles qu'elle suppose. Le Président ou le Monarque étant le chef ou le commandant en chef des armées, le contexte belliqueux favorise incontestablement son positionnement sur l'échiquier institutionnel. Concomitamment, l'Exécutif mobilise l'argument de l'impératif guerrier pour marginaliser le Parlement. La militarisation de la lutte contre le terrorisme est pourtant discutable en ce que soit il ne s'agit par d'une guerre, soit elle n'est pas menée contre le terrorisme (1°). Dans le même temps, cette militarisation permet de dramatiser le contexte et de légitimer ainsi des pratiques illégales, dont les exécutions ciblées sont une parfaite illustration (2°).

---

<sup>73</sup> S. LE GAL, « La guerre contre le terrorisme : une rhétorique inédite dans l'histoire politique et juridique française », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, op. cit., p. 93.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> J. ALIX et O. CAHN, « Propos introductifs », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, op. cit., p. 4.

### 1°) Une militarisation controversée de la lutte contre le terrorisme

Le recours au vocabulaire guerrier en matière de la lutte contre le terrorisme est discrétionnairement décidé par l'Exécutif sans qu'une tendance systématique s'observe en la matière. En France, par exemple, avant la série d'attentats de 2015, l'Hexagone avait été, à maintes reprises, confrontée à des actes de terrorisme (en 1982, en 1985, en 1995, en 2002) sans pour autant se considérer « en guerre »<sup>76</sup>. Le terrorisme était surtout appréhendé sous l'angle du droit pénal et de la criminalité. Le recours à la notion juridiquement controversée de « guerre contre le terrorisme » remplit en réalité une fonction persuasive et stratégique. Présentée comme défensive, cette guerre acquiert une certaine légitimité et justifie, au regard de la nécessaire unité nationale, la concentration du pouvoir autour du Chef de l'Exécutif.

Du point de vue ontologique, la guerre correspond à un conflit armé d'une intensité particulière. Si la condition matérielle concernant l'intensité du conflit semble parfaitement remplie dans le cas de la guerre contre le terrorisme, cette dernière interroge quant à l'ennemi visé. Il est vrai que selon l'approche classique et notamment celle de Jean-Jacques ROUSSEAU, dans le *jus in bellum*, « la guerre est une affaire entre personnes publiques »<sup>77</sup> et « les États ne peuvent avoir pour ennemi que d'autres États »<sup>78</sup>. Toutefois, du point de vue constitutionnel, rien ne permet d'exclure une guerre menée contre une entité non étatique<sup>79</sup>. D'ailleurs, la résolution du Congrès américain du 14 septembre 2001<sup>80</sup> autorise expressément le Président à utiliser la force armée non seulement contre un État mais aussi contre des membres d'organisations internationales non étatiques et des personnes. De plus, l'étude précédemment menée des dispositions constitutionnelles a démontré que la norme suprême s'intéresse à la guerre principalement du point de vue institutionnel. Plus précisément, les Constitutions nationales se contentent d'habiliter le Parlement à la compétence de déclaration de guerre sans en donner de définition substantielle.

Ainsi, l'analyse positiviste invite à considérer que la qualification de la guerre ne peut être constitutionnellement retenue qu'à condition qu'elle soit déclarée par le Parlement. Pourtant, ni le Parlement américain ni les Chambres de la V<sup>e</sup> République ni le Conseil de la Fédération

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>77</sup> J.-J. ROUSSEAU, « L'État de guerre, dans Œuvres complètes », tome III, Paris, *Gallimard*, 1964, p. 610.

<sup>78</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2011 [1762], Livre I, Chapitre IV.

<sup>79</sup> Rappelons que même si l'organisation terroriste *Daesh* se revendique de l'intention de fonder un « État islamique », la qualification étatique est très discutable faute, notamment, de reconnaissance internationale. Voir par exemple, O. CORTEN, « L'État islamique, un État ? Enjeux et ambiguïtés d'une qualification juridique », in A. CASADO et F. SAFI, *Daesh et le droit*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2016, p. 54.

<sup>80</sup> S.J.Res.23-107th Congress (2001-2002), *Military Force Authorization resolution* (Identified by CRS).

russe n'ont déclaré de guerre au terrorisme. Sur ce point, la Professeure Jordane ARLETTAZ précise que l'analyse formelle des dispositions constitutionnelles permet de supposer qu'en absence de déclaration parlementaire de guerre, soit il ne s'agit pas d'une guerre du point de vue juridique et constitutionnel, soit une guerre est véritablement menée contre le terrorisme mais elle serait dès lors inconstitutionnelle<sup>81</sup>. Cependant, l'étude des OPEX a démontré que l'action militaire connaît des évolutions rhétoriques importantes qui ne se retrouvent pas pour autant dans le corpus normatif et que les dispositions portant sur la déclaration de guerre se caractérisent, en pratique, par une désuétude. Ainsi, l'analyse basée sur la seule condition de la déclaration parlementaire semble imparfaite. Également, l'étude des corpus normatifs des États permet de nuancer l'importance de la déclaration de guerre. Les « interventions armées », auxquelles fait référence les alinéas 2 et 3 de l'article 35 de la Constitution, supposent simplement une information du Parlement dans les trois jours qui suivent leur début et une autorisation quatre mois plus tard. Les « hostilités » auxquelles se réfèrent la *War Power Resolution* américaine exigent, à leur tour, une information du Congrès dans les quarante-huit heures et un vote de leur prolongation soixante jours plus tard (ou quatre-vingts dix si les circonstances le justifient). Sur ce point, aussi bien en France qu'aux États-Unis, le Parlement est intervenu à différentes phases des opérations militaires menées dans le cadre de la supposée guerre contre le terrorisme. En 2001<sup>82</sup>, le Congrès a autorisé le Président à utiliser la force armée pour lutter contre l'*Axe du Mal*. Le Parlement français a été informé, à son tour, des opérations en Irak, en Syrie ou encore au Mali ou en Centrafrique en 2014-2015.

Dès lors, les actions engagées dans le cadre de ce qui est appelé la guerre contre le terrorisme renvoient bien à un conflit armé. Pourtant, si la guerre est effectivement conduite par les États qui le revendiquent, elle ne semble pas être menée contre le terrorisme. Il est techniquement complexe de mener une guerre contre le terrorisme qui renvoie à un concept, un ensemble d'agissements, de doctrines ou de visions du monde. L'expression de « guerre contre le terrorisme » est d'autant plus « glissante »<sup>83</sup> que le concept même de terrorisme connaît des significations variées<sup>84</sup>. Déclarée en théorie au terrorisme, la guerre est en pratique menée sur le sol des États. Ainsi, la lutte contre les organisations terroristes comme *Al-Qaida* ou *Daesh* s'est matérialisée dans les conflits *en* Afghanistan, *en* Irak ou *en* Syrie qui relèvent d'une

---

<sup>81</sup> J. ARLETTAZ, *op. cit.*, p. 205.

<sup>82</sup> Voir *supra*.

<sup>83</sup> P. ALONSO, « Jean-Baptiste JEANGÈNE-VILMER : "Dire qu'on est en guerre contre le terrorisme, c'est un non-sens sur le plan sémantique " », *Libération*, 1er décembre 2017.

<sup>84</sup> Conférence « L'État et le terrorisme » prononcée par Pierre BOURDON, Professeur à l'Université du Mans, le 22 février 2019, Faculté de droit et science politique, Université Montpellier.

« guerre globale, transnationale »<sup>85</sup>. L'ambiguïté est d'autant plus grande que l'intervention américaine en Irak, par exemple, a été présentée comme une riposte contre les agresseurs de *l'Axe du Mal*<sup>86</sup>, alors même que le lien entre *l'Al-Qaïda* et l'Irak était lointain. En France, la « *politique étrangère Charlie* »<sup>87</sup>, incarnée par le Président HOLLANDE, s'est manifestée, à son tour, par un activisme visible au Proche et Moyen-Orient. Dès septembre 2015, l'opération *Chammal* a été étendue à la Syrie alors que, initialement, elle visait seulement un soutien aérien aux forces armées irakiennes, dans le cadre d'une coalition contre *Daesh*.

Aborder ces actions militaires dans le cadre d'une guerre supposément menée contre le terrorisme représente toutefois un intérêt stratégique. Les États concernés se mettent ainsi dans une posture défensive et les interventions militaires qu'ils mènent dans son cadre sont présentées comme une réponse aux actes de guerre<sup>88</sup>. Puisque le sol national est décrit comme un théâtre de guerre, *theatrum belli*, la réponse militaire est supposée légitime. Cette forme contemporaine de l'action militaire semble honorer l'approche de Carl SCHMITT développée dans *Nomos de la Terre*<sup>89</sup> dans laquelle l'auteur parle de *justus hostis* comme d'un ennemi légitime à qui faire la guerre. En mobilisant une notion téléologique de *justa causa* théorisée surtout par Francisco DE VITORIA<sup>90</sup>, les grandes puissances mèneraient alors des guerres sous l'alibi d'un « universalisme bienveillant »<sup>91</sup> qui caresse le rêve cosmopolitique. En faisant référence au « nouvel ordre mondial », le Président BUSH, ainsi que son Administration, ont baptisé la lutte contre le terrorisme de « *war president* »<sup>92</sup> dans laquelle le chef de l'État dispose de « compétences quasi illimitées »<sup>93</sup>. Même l'élection de Barack

---

<sup>85</sup> G. FERRAGU, « L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme : aspects historiques », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques, op. cit.*, p. 80.

<sup>86</sup> L'expression utilisée pour la première fois par Georges W. BUSH, le 29 janvier 2002, à l'occasion de son discours sur l'état de l'Union. Elle désignait les pays suspectés de soutenir le terrorisme et vouloir développer les Armes de Destructons Massives, à savoir l'Irak, l'Iran et la Corée du nord.

<sup>87</sup> TH. GOMART, « La politique étrangère française est-elle *Charlie* ? », *Etudes*, 2015/11, p. 19.

<sup>88</sup> Par exemple, le Président G. W. BUSH dit : « The terrorists and their supporters declared war on the united States, and war is what they got », Le Discours sur l'état de l'Union prononcé le 20 janvier, 2004, cité in B. ACKERMAN, « Before the next Attack, Preserving Civil Liberties in an Age of terrorism », New Haven & Londres, Yale University Press, 2006, p. 58.

<sup>89</sup> C. SCHMITT, « Le *nomos* de la Terre », *Quadrige*, 2012 [1950].

<sup>90</sup> Pour l'analyse de la pensée de Francisco DE VITORIA, voir notamment P. HAGGENMACHER, « La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international », *Actualité de la pensée juridique de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 27-80 ; C. BARCIA TRELLES, « Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 17, n° 2, 1927, p. 109-342.

<sup>91</sup> V. FONTAN-MORET, « Carl Schmitt : le *nomos* de la terre ou l'enracinement du droit », 16 juin 2016 PHILITT n°2, *La terre et à l'enracinement*. Disponible en ligne : <https://philitt.fr/2016/06/20/carl-schmitt-le-nomos-de-la-terre-ou-l-enracinement-du-droit/>

<sup>92</sup> G. ANDRÉANI « Chapitre 7. Le concept de guerre contre le terrorisme fait-il le jeu des terroristes ? » in G. ANDRÉANI et al., *Justifier la guerre, Presses de Sciences Po*, « Références », 2013, p. 197.

<sup>93</sup> GH. BENHESSA, « La doctrine américaine aux prises avec le 11 septembre : les contours juridiques de la guerre contre le terrorisme », *PUF*, « Droits », 2015/1, n° 61, p. 104.

OBAMA – qui, alors sénateur, était assez critique à l’égard de la politique de BUSH en la matière – n’a pas remis en question « la logique d’ensemble de lutte contre le terrorisme [qui repose] sur le paradigme de guerre »<sup>94</sup>. La guerre contre le terrorisme amène à son paroxysme l’idée de « l’État voyou » – *Rogue state* – née sous la présidence de Ronald REAGAN, dans les années 1980, pour qualifier le régime libyen du colonel KADHAFI, puis l’expression a été employée par le Président George W. BUSH aux lendemains des attentats du 11 septembre 2001 et dans son discours sur l’État de l’Union de janvier 2002 parlant de la Corée du Nord<sup>95</sup>. Cette posture défensive induit dans le même temps une confusion entre la sauvegarde d’ordre public – propre à la politique intérieure – et l’action militaire – tournée vers l’extérieur. Dans le cas français, l’ambiguïté sur ce point se constate par ailleurs à l’aune de l’état d’urgence décrété en 2015. Julien ALIX et Olivier CAHN soulèvent la contradiction en ce que déclarant la guerre contre le terrorisme, le gouvernement a recouru à un état d’urgence, conçu précisément pour le temps de paix<sup>96</sup>. Ce constat est d’autant plus paradoxal que l’état d’urgence est régi par la loi de 1955<sup>97</sup> mise en place pendant « les événements d’Algérie »<sup>98</sup> dont le gouvernement français a tenu de nier rigoureusement le caractère militaire.

La guerre contre le terroriste brouille ainsi les frontières entre la répression et la prévention. Conduite supposément contre le terrorisme, cette guerre vise à répliquer à des attentats déjà commis sur le sol national en à en prévenir d’autres. Le décret du 13 novembre 2001 signé par le Président BUSH, par exemple, assimilait explicitement les actes de terrorisme aux actes de guerre. Or, un attentat terroriste préparé et exécuté par des individus ou des groupuscules sont davantage à rapprocher d’une infraction pénale au sens du droit national<sup>99</sup> que d’un acte militaire au sens du droit international<sup>100</sup>. D’ailleurs, en France, le Code pénal définit le terrorisme comme une forme de criminalité en faisant référence aux infractions « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l’ordre public par l’intimidation ou la terreur »<sup>101</sup>. Cette confusion entre

---

<sup>94</sup> *Ibidem.*

<sup>95</sup> P. DAYEZ-BURGEON, « L’État voyou », in P. DAYEZ-BURGEON, *Histoire de la Corée. Des origines à nos jours, sous la direction*, Paris, Tallandier, « Hors collection », 2012, p. 377.

<sup>96</sup> J. ALIX et O. CAHN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>97</sup> La loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence.

<sup>98</sup> Voir, par exemple, P. ROPERT, « Comment l’état d’urgence est né en 1955 », France Culture, 14 novembre 2015. Disponible en ligne : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/comment-l-etat-d-urgence-est-ne-en-1955-1767969>

<sup>99</sup> Pour une analyse du basculement des catégories juridiques qu’opère la guerre contre le terrorisme, voir F. SAINT BONNET, « En quoi le terrorisme bouleverse-t-il les catégories juridiques actuelles ? », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 3 Avril 2017, n° 14.

<sup>100</sup> M. LAHOVAZI, « La définition de la guerre en droit public français », *RDP*, 2019, p. 327.

<sup>101</sup> Art. 421-1 du Code pénal.

la guerre et le crime remet en question une dichotomie fondatrice de l'Etat moderne. La sociologie historique de l'État postule justement que « la formation des monopoles étatiques de la violence trouve sa condition de possibilité dans l'hétérogénéité de la guerre et du crime »<sup>102</sup>. Dominique LINHARDT explique que la naissance de l'État-nation à l'aube du passage de la féodalité à l'Âge moderne a donné lieu à « des formes non seulement différentes, mais mutuellement exclusives de l'emploi légitime de la force, selon que celui-ci est orienté vers l'engagement belliqueux ou vers le traitement de la déviance »<sup>103</sup> ; cette distinction a même exercé un « effet structurant sur la formation progressive du monopole de la violence légitime »<sup>104</sup>. Toujours est-il que la menace intérieure du terrorisme sert de justification pour une action extérieure de l'État. Si le lien substantiel entre les deux pans de l'action de l'Etat est parfaitement concevable<sup>105</sup>, cette confusion entre la menace intérieure et l'action extérieure participe à la légitimation de la « militarisation de la politique de la sécurité nationale »<sup>106</sup> et par conséquent au renforcement de l'Exécutif. La contrainte qui pèse sur le Parlement, qui doit autoriser une intervention militaire, n'est pas juridique mais politique. La Professeure ARLETTAZ s'interroge comment le Parlement pourrait « s'opposer à une intervention militaire à l'étranger dès lors que celle-ci est présentée comme poursuivant une même finalité qu'une protection du territoire national contre le terrorisme »<sup>107</sup>.

La confusion entre la guerre menée extérieure et le but poursuivi de sauvegarde d'ordre public, permet de légitimer certaines pratiques manifestement illégales mises en œuvre dans le cadre de la guerre contre le terrorisme. La référence au vocabulaire guerrier dans la lutte contre le terrorisme permet de souligner la gravité de la menace visée et l'éradication de cette menace devient une fin politiquement légitime pour justifier les moyens juridiquement discutables. Le recours aux actions clandestines, à l'exemple des assassinats ciblés, en constitue une parfaite illustration.

---

<sup>102</sup> D. LINHARDT, « La guerre contre le terrorisme n'aura pas lieu », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, op. cit., p. 269.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>105</sup> Nous nous éloignons donc, sur ce point, de la conception hobbesienne faisant état d'une différence substantielle entre les « affaires du dehors » et « les affaires du dedans » (TH. HOBBS, *Le Citoyen*, Flammarion, 2010 [1642], ch. X, §10).

<sup>106</sup> J. ARLETTAZ, op. cit., p. 212.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

## 2°) Une légitimation ambivalente des exécutions ciblées par la guerre contre le terrorisme

Les assassinats ciblés ne sont pas nés avec la guerre contre le terrorisme mais en constituent un mécanisme souvent utilisé. Du point de vue institutionnel, les assassinats ciblés – au regard du grand secret qu'ils impliquent – sont entièrement maîtrisés par l'Exécutif. La décision d'ordonner une exécution revient au Chef de l'Etat ou de gouvernement qui la prend après avoir consulté le conseil de défense/de sécurité nationale, un organe dont il est une pièce maîtresse et dont il détermine, notamment, entièrement la composition. Alors que l'Administration américaine, par exemple, a dévoilé les critères pris en compte dans la décision de recourir à un assassinat ciblé<sup>108</sup>, leur appréciation revient discrétionnairement au Président. Les assassinats ciblés font partie des opérations clandestines qui recouvrent des actions « non revendiquées et non prouvables »<sup>109</sup> ; ils renvoient plus spécifiquement à « un usage intentionnel, prémédité et délibéré de la force meurtrière, par des États ou leurs agents agissant sous le couvert de la loi ou par un groupe armé organisé dans un conflit armé, contre une personne en particulier qui n'est pas sous la garde physique de l'auteur du meurtre »<sup>110</sup>. En France, ces opérations « *homo* » – pour « homicides » – ou de « neutralisation » se rapprochent de ce qui est désigné en Russie sous l'expression d'« opérations mouillées »<sup>111</sup> et visent, ce que les Anglo-Saxons appellent les *high-value targets* – les cibles de haute valeur<sup>112</sup>.

Les assassinats ciblés relèvent d'une action illicite au regard du droit international qui les assimile à des crimes pouvant relever de la compétence de la Cour pénale internationale<sup>113</sup>. Parfaitement illégales, les opérations clandestines ne sont encadrées par aucun texte normatif. En l'absence de régime juridique spécifique, la compétence institutionnelle en matière des opérations clandestines s'appuie en pratique sur la clause constitutionnelle générale confiant à

---

<sup>108</sup> The White House, « U.S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counter-Terrorism Operations Outside the United States and Areas of Active Hostilities' » , 13 May 2013. Disponible en ligne : <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/05/23/fact-sheet-us-policy-standards-and-procedures-use-force-counterterrorism>

<sup>109</sup> « Le renforcement des forces spéciales françaises, avenir de la guerre ou conséquence de la crise ? », *Rapport d'information* de MM. Daniel REINER, Jacques GAUTIER et Gérard LARCHER, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées n° 525 (2013-2014), 13 mai 2014, p. 13.

<sup>110</sup> P. ALTON, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Addendum : Study on targeted killings*, 29 mai 2010, §46 - 47.

<sup>111</sup> R. KAUFFER, « 23 - Poutine, président de toutes les Russies », in *Les hommes du président. Les chefs d'État et leurs services secrets*, in R. KAUFFER (dir.), *Les hommes du président. Les chefs d'État et leurs services secrets*, Perrin, 2018, p. 425.

<sup>112</sup> R. KAUFFER, « 22 - Hollande et Macron face à la terreur islamiste », *op. cit.*, p. 404.

<sup>113</sup> Assemblée générale des Nations Unies, résolution 19 décembre 2016, A/RES/71/198, 25 janvier 2017, 15 cons.

la tête de l'Exécutif le commandement ou la direction des forces armées. Pourtant, rien ne semble justifier *a priori* le rattachement des opérations clandestines au chef ou au commandant des armées. En France, plus spécifiquement, la compétence présidentielle en matière de guerre est elle-même discutable au regard de la dualité qui caractérise l'Exécutif de la V<sup>e</sup> République où le Premier ministre est, aux côtés du Président chef des armées (art. 15 C), responsable de la Défense nationale (art. 21 C). La compétence militaire du Chef de l'État s'est consolidée en réalité en marge du texte constitutionnel, sur la base d'un décret lui donnant plein pouvoir en matière nucléaire<sup>114</sup>.

Au regard du caractère « plus secret que secret »<sup>115</sup> des opérations spéciales, les informations les concernant ne sont pas divulguées au-delà d'un groupe extrêmement restreint, constitué du chef de l'Exécutif et de ses quelques conseillers. Ainsi, en Russie, la chaîne décisionnaire en matière d'opérations clandestines emprunte le chemin de la *verticale du pouvoir* dont l'ultime organe se trouve au Kremlin<sup>116</sup>. En France, à chaque Président est même associé un style personnel dans le recours à ce dispositif. Si Valéry GISCARD d'ESTAING est connu pour une « mentalité de tueur de sang-froid »<sup>117</sup>, Jacques CHIRAC est plutôt « hésitant »<sup>118</sup>, alors que François HOLLANDE « affectionne le *battle-dress* »<sup>119</sup> et, dans son livre *Les Leçons du pouvoir* publié en 2018, se décrit comme le Chef d'État qui « décide et assume » une opération Homo contre « un chef terroriste »<sup>120</sup>. Quant aux États-Unis, si entre 2001 et 2009, quelques soixante exécutions ciblées ont été autorisées par le chef de l'État<sup>121</sup>, Barack OBAMA, une fois arrivé au pouvoir, en a fait « la pièce centrale du dispositif antiterroriste »<sup>122</sup> en ordonnant entre 2009 et 2015 près de cinq cents assassinats<sup>123</sup>. Le Président disait vouloir « s'éloigner du modèle très coûteux des combats sur le terrain à

---

<sup>114</sup> Décret n°64-46 du 14 janvier 1964 relatif aux forces aériennes stratégiques. Qu'il soit permis de renvoyer sur ce point à G. GALUSTIAN, *op. cit.*, p. 363 et s.

<sup>115</sup> GRÉROIRE, « L'action clandestine : une menace pour la démocratie ? », 2016, *Hestia Expertise, Hypothèses*. Disponible en ligne : <https://hestia.hypotheses.org/799>

<sup>116</sup> Voir par exemple, R. KAUFFER, « 23 - Poutine, président de toutes les Russies », *Les hommes du président. Les chefs d'État et leurs services secrets*, *op. cit.*, pp. 423-442.

<sup>117</sup> V. NOUZILLE, *Les tueurs de la République : Assassinats et opérations spéciales des services secrets*, Paris, Poche, 2020.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> R. KAUFFER, « 22 - Hollande et Macron face à la terreur islamiste », *op. cit.*, p. 406.

<sup>120</sup> F. HOLLANDE, *Les leçons du pouvoir*, Paris, Broché, 2018, p. 4.

<sup>121</sup> J. PURKISS et J. SERLE, « Obama's covert drone war in number: ten times more strikes than Bush », *The Bureau of investigative journalism*, 17 January 2017.

Disponible en ligne : <https://www.thebureauinvestigates.com/stories/2017-01-17/obamas-covert-drone-war-in-numbers-ten-times-more-strikes-than-bush>

<sup>122</sup> R. M. PEREIRA, « Quinze ans de lutte contre le terrorisme aux États-Unis, une guerre qui dit son nom », in J. ALIX et O. CAHN, *op. cit.*, p. 39.

<sup>123</sup> J. PURKISS et J. SERLE, *op. cit.*

grande échelle »<sup>124</sup>. Contraint de se justifier en public des ordres donnés pour des assassinats ciblés, le Président OBAMA a invoqué la résolution du 14 septembre 2001 qui autoriserait le Chef de l'État à procéder aux actions de nature à prévenir les attentats et à lutter contre le terrorisme. Puisque cette résolution autorisait le Président à faire usage de la force armée pour lutter ou prévenir les actes de terrorisme sans préciser des moyens à mettre en œuvre ou encore la durée pendant laquelle elle s'appliquait, les chefs de l'État successifs ont pu s'en prévaloir pour mener des actions militaires multiformes. Le recours aux assassinats ciblés renforce d'autant plus le pouvoir présidentiel aux Etats-Unis que ce dernier échappe à tout contrôle prétorien en la matière. La Cour suprême mobilise en effet la doctrine des *Political Questions* pour se déclarer incompétente de juger l'opportunité de frappes ciblées<sup>125</sup>.

Le Parlement est, à son tour, un grand absent dans le cadre des assassinats ciblés. Pour illustration, des *target killings* ont été ordonnés par le gouvernement britannique en Syrie en 2015 alors que la Chambre des Communes avait voté en 2013 contre l'emploi de forces armées dans le conflit syrien. Les députés s'étaient, en plus, exprimés clairement contre le déploiement des frappes aériennes en Syrie en tant que part intégrante de l'action militaire menée contre *Daesh* en Irak<sup>126</sup>. L'intervention menée en Syrie a été baptisée par le gouvernement de « nouveau départ »<sup>127</sup>, ce qui soulignait qu'elle n'avait pas à être rattachée à tout autre opération précédemment autorisée par le Parlement<sup>128</sup>. La guerre contre le terrorisme est déclarée et menée par l'Exécutif qui maîtrise également les questions annexes, notamment celle ayant trait à la qualification des personnes accusées de participation aux actes de terrorisme et des conditions de leur détention.

#### B) Un statut juridique ambigu des terroristes

Dans les écrits des auteurs comme Carl SCHMITT ou Günther JAKOBS, la question de l'ennemi structure classiquement le débat autour de la guerre<sup>129</sup>. Parler de la guerre contre le terrorisme suppose d'accepter préalablement le statut de belligérant – *justus hostis* – aux terroristes. Pourtant, une certaine ambiguïté s'observe sur ce point puisque l'Exécutif refuse de tirer toutes les conséquences de la notion de guerre contre le terrorisme et dénie le statut de prisonniers de guerre aux terroristes détenus par les forces armées nationales.

---

<sup>124</sup> *National Security Strategy* 2010, Washington D.C., White House, 27 May 2010, p. 9.

<sup>125</sup> *AL-Aulaqui v. Obama*, 727 F. Supp. 2<sup>nd</sup> 1 (2010).

<sup>126</sup> HC Deb 26 Septembre 2014, vol 585, col 1255.

<sup>127</sup> HC Deb 7 Septembre 2015, vol 599, col 30.

<sup>128</sup> V. FIKFAK, H. J HOOPER, *op.cit.*, p. 96.

<sup>129</sup> Voir sans ce sens, J.-C. MONOD, *Affronter l'ennemi, penser l'exception*, Paris, La Découverte, 2016, 192.

L'exemple des Etats-Unis concernant la qualification des terroristes dans la « guerre contre le terrorisme » est révélateur de la centralisation du pouvoir autour du chef de l'Etat, qui plus est favorisée par les autres branches du pouvoir. Autorisé par un acte parlementaire à intervenir en matière de détention des combattants arrêtés dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, le Président n'a pas vu son pouvoir discrétionnaire en la matière censuré par la Cour suprême. Sur la base de l'autorisation du 14 septembre 2001, le Président BUSH a pris un décret militaire, le 13 novembre 2001<sup>130</sup>, autorisant la détention des étrangers suspectés de participer à des actions terroristes et de soutenir de telles actions. Selon ce décret, les terroristes arrêtés et détenus dans les prisons américaines ne bénéficient pas de statut de prisonniers de guerre, ce que l'assimilation de la lutte contre le terrorisme à la guerre supposerait pourtant. Les détenus étaient désignés en tant que combattants illégaux, *unlawful combatants*<sup>131</sup>, ou ennemi combattant, *enemy combatant*<sup>132</sup>. Ces catégories, méconnus du droit international<sup>133</sup> et propres au droit américain, sont le fruit de la construction prétorienne de la Cour suprême qui les a mises en place, en 1942, dans une jurisprudence concernant des soldats nazis<sup>134</sup>. La catégorie de « combattants illégaux » est d'autant plus révélatrice de la liberté de manœuvre de l'Exécutif américain qu'elle remet en question la dichotomie classique du droit international humanitaire entre les civils et les militaires<sup>135</sup>. Le même décret présidentiel a prévu le jugement des terroristes par les commissions militaires spécialement créées<sup>136</sup>. Dans le fonctionnement de ces commissions également, l'Exécutif a eu un pouvoir important en qu'il revenait au secrétaire à la Défense de nommer l'*Appointing authority* qui désignait ensuite les membres de la commission concernée.

---

<sup>130</sup> *Military order*, 66 Fed. Reg. 57833, 13 nov. 2001 (16 nov. 2001), Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism.

<sup>131</sup> Voir notamment G.W. BUSH, *Human treatment of al Qaeda and Taliban Detainees*, Memorandum, 7 février 2002, 2 p. Disponible en ligne : <http://hrlibrary.umn.edu/OathBetrayed/Bush%202-7-02.pdf>

<sup>132</sup> Voir notamment *The Department of Defence Detainee Program*, directive n° 2310.01<sup>E</sup>, 5 Sept. 2006. Disponible en ligne : <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/150086.pdf>

<sup>133</sup> G.D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict, International Humanitarian Law in War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 224.

<sup>134</sup> Cour Suprême, *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942), §§ 9-10. La Cour considère que le Président est autorisé à ordonner le jugement devant une commission militaire de huit soldats allemands, dont un de nationalité américaine, accusés de crimes de guerre. Étant « illégaux », ces combattants – en uniforme – et ennemis – sans uniforme – ne peuvent pas prétendre au statut de prisonniers de guerre, qui leur permet notamment de retourner dans leur pays, une fois la guerre terminée.

<sup>135</sup> M. UBÉDA-SAILLARD, « L'encadrement par le droit international public et le droit humanitaire », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, op. cit., p.223.

<sup>136</sup> La première utilisation des commissions militaires remonte aux États-Unis à 1846. Mises en place dans le contexte de la guerre du Mexique, ces commissions ont pourtant fonctionné comme des cours martiales. Mais à partir de la Seconde guerre mondiale, des règles dérogatoires sont appliquées à ces commissions. En 2009, toutefois, après l'arrivée au pouvoir de Barack OBAMA, le Congrès vote une loi qui réforme les commissions militaires pour rapprocher leur fonctionnement de celui des cours fédérales.

Ainsi, l'Exécutif américain prend toute la liberté pour désigner juridiquement des actes politiques – la lutte contre le terrorisme – comme relevant d'une guerre et les personnes concernées – les terroristes détenus – comme échappant à la qualification de prisonniers de guerre qui leur serait rattachée. Cette qualification est cependant lourde de conséquences juridiques en ce que le droit international applicable dans les conflits armés, et plus spécifiquement la Convention de Genève, définit la protection dont les prisonniers de guerre doivent pouvoir bénéficier. Or, l'exclusion du terroriste des catégories juridiques de droit commun implique de lui « nier la qualité de sujet de droits, même fondamentaux »<sup>137</sup>. Soumis au régime juridique défini par le seul décret présidentiel du 13 novembre 2001, les combattants illégaux – transférés souvent à *Guantanamo* – étaient détenus arbitrairement sans qu'un juge ne se soit exprimé, et donc en violation flagrante d'*Habeas corpus* et du respect des droits élémentaires au procès. L'Exécutif était dès lors de fait le maître de leur destin juridique, sous réserve d'une intervention de la Cour suprême. Pourtant, le juge suprême est venue surtout avaliser le pouvoir présidentiel en le considérant bien fondé en droit, et plus spécifiquement au regard de la résolution précitée du Congrès de 2001<sup>138</sup>. Le pouvoir central du Président et de son Administration dans la définition de qualification juridique des terroristes détenus dans les prisons américaines s'est confirmé à l'aune de la modification de cette qualification après l'arrivée au pouvoir de Barack OBAMA. Il est vrai que les personnes capturées dans le cadre de la supposée guerre contre le terrorisme n'ont pas bénéficié de statut de prisonniers de guerre mais les catégories juridiques de *unlawful combatants* et *enemy combatant*, pratiquées sous l'Administration de BUSH, ont été abandonnées après l'élection d'OBAMA<sup>139</sup>. En 2012, le Congrès a, à nouveau, voté une résolution autorisant le président à détenir les individus suspects d'avoir le lien avec les attentats du 11 septembre 2001<sup>140</sup>.

Le pouvoir de l'Exécutif dans le cadre de la supposée guerre contre le terrorisme est d'autant plus renforcé que cette dernière s'inscrit dans un périmètre spatio-temporel mouvant.

---

<sup>137</sup> M. LACAZE, La lutte contre le terrorisme en Espagne : l'État social et démocratique de droit face au paradigme de l'ennemi, in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, op. cit., p. 64.

<sup>138</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). La Cour a toutefois précisé que les détenus avaient le droit d'accéder aux éléments factuels ayant fondé la décision de qualification.

<sup>139</sup> *Executive Order* 13492, 74 Fed. Reg. 4899, 22 janvier 2009. Disponible en ligne : <https://www.govinfo.gov/app/details/DCPD-200900005>

<sup>140</sup> *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*, Public Law 112 – 81.

### C) Le périmètre spatio-temporel mouvant de la « guerre contre le terrorisme »

Le cadre temporel et géographique du conflit mené contre le terrorisme est mouvant. La lutte contre le terrorisme a en effet « inversé le paradigme de la guerre et de la paix. D'un état de paix conçu comme une normalité, aux termes de l'article 2§4 de la Charte [de l'ONU], on est passé à un état de guerre permanent, avec la théorie américaine du champ de bataille mondial (« *global battlefield* ») »<sup>141</sup>. Les Présidents BUSH et OBAMA ont affirmé, par exemple, dans des termes proches, que les États-Unis allaient continuer la guerre contre le terrorisme aussi longtemps que la menace de la terreur resterait d'actualité<sup>142</sup> ; ceci fait planer une indétermination profonde quant au terme de celle-ci. De plus, alors que la guerre contre le terrorisme a été déclarée par le Président HOLLANDE en 2015, les forces armées françaises sont en réalité engagées dans des opérations militaires dans la bande sahélo-saharienne ou au Levant depuis bien avant cette déclaration. Les soldats français participaient en effet dans les interventions en Irak menées contre *Daesh*. La délimitation spatiale de la guerre et de la paix est d'autant plus problématique<sup>143</sup> que la lutte contre le terrorisme mobilise, pour reprendre le vocabulaire militaire français, aussi bien des OPEX que des OPINT – opérations intérieures.

Cette imprécision quant au périmètre temporel et géographique de la guerre contre le terrorisme a été soulignée par l'intervention parlementaire, notamment aux États-Unis, où les Chambres ont en réalité consolidé l'Exécutif dans sa posture institutionnelle en la matière. En effet, le Parlement a pu s'exprimer en amont en autorisant des interventions militaires comprises dans la guerre supposément menée contre le terrorisme, sans toutefois peser véritablement dans la décision militaire. Les résolutions votées par le Congrès américain en 2001<sup>144</sup> et 2002<sup>145</sup> autorisant le Président à faire usage de la force armée pour lutter contre le terrorisme et pour intervenir en Irak dans le contexte « *post 11-septembre* » en constituent de parfaits exemples. Marquées par une imprécision et une généralité dans les termes employés, ces résolutions ont légitimé l'action du Président plus qu'elles ne l'ont contrainte. Ces autorisations ne définissent pas de terme et, même s'il est en effet difficile de prévoir en amont la durée d'une intervention militaire dans un conflit, ce manque de précision est de nature à donner à l'Exécutif une marge d'action importante. Ce point est d'autant plus

---

<sup>141</sup> M. UBÉDA-SAILLARD, *op. cit.*, p. 221.

<sup>142</sup> Citée lors de la conférence G. BLUME, « *The fog of victory* », Harvard, Harvard Law School, 7 August 2013.

<sup>143</sup> Voir D. CUMIN, « Le droit militaire à l'épreuve de la "guerre contre le terrorisme", OPEX et OPINT : la problématique de la définition spatiale de la guerre et de la paix », in *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, *op. cit.*, p. 189-199.

<sup>144</sup> Résolution jointe, S. J. Res. 23, 14 septembre 2001.

<sup>145</sup> Résolution jointe, H. J. Res. 114, 10 octobre 2002.

discutable que le Parlement ne peut plus revenir sur leur décision, une fois l'autorisation accordée. La résolution de 2001 ne précise pas non plus la zone géographique dans laquelle elle s'applique, ce qui constitue un autre élément susceptible d'interprétation large par l'Exécutif. Elle habilite le Président à « prendre les mesures pour dissuader et prévenir les actes de terrorisme international contre les États-Unis ». Cette résolution est rédigée en des termes tellement étendus, qu'elle aurait pu être invoquée par les Présidents successifs au moins une trentaine de fois entre 2001 et 2013<sup>146</sup>. La nécessité d'un nouveau vote par le Congrès sur cette question a été fortement débattue aux États-Unis lors de l'intervention contre *Daesh*<sup>147</sup>, pour laquelle le Président OBAMA s'est fondé d'abord sur l'article II de la Constitution, puis sur l'autorisation de la résolution de 2002. D'une part, la résolution pouvait être considérée comme caduque après le retrait des forces américaines d'Irak et le rétablissement d'un nouveau régime sur place. D'autre part, la résolution pouvait être considérée comme applicable aussi bien contre les menaces qui pèsent *sur* l'Irak que contre celles qui sont posées *par* l'Irak<sup>148</sup>. De nombreuses propositions d'abrogation des résolutions de 2001 et de 2002 ont été formulées, y compris dans le projet de résolution que le Président OBAMA a adressé au Congrès en 2015<sup>149</sup> pour demander le vote d'autorisation du recours à la force en Syrie. Cette dernière est restée lettre morte faute de soutien politique au Congrès. Pourtant, après les opérations en Bosnie en 1995, plusieurs représentants – dans une tendance bipartisane – avaient plaidé en faveur d'une plus grande implication du Congrès dans les décisions militaires et donc en faveur du renforcement du rôle des Chambres<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> M. WEED, *The 2001 Authorisation for use of military Force : Backgrounding Brief*, Congressional Research Memorandum, 10 juillet 2013.

<sup>147</sup> CRS Report R43760, *A New Authorization for Use of Military Force Against the Islamic State: Issues and Current Proposals*, by M. C. WEED.

<sup>148</sup> « The War Powers Resolution: Concepts and Practice », CRS Report, Congressional Research Service, 8 mars 2019, p. 49.

<sup>149</sup> Disponibles en ligne : <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/09/23/letter-president-war-powers-resolution-regarding-iraq>;

<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/09/23/letter-president-war-powers-resolution-regarding-syria>

<sup>150</sup> B. COURMONT, « Le Congrès et son poids dans la formulation de la politique étrangère américaine », *La revue internationale et stratégique*, n° 42, été 2001, p. 90.