

# Du droit pour protéger la nation

## Le *lawfare* du Département de la Justice américain

Mark Corcoral

*Thèse dirigée par Thierry BALZACQ,  
Professeur des Universités, Sciences Po*

### Résumé

Dans un monde à la fois conflictuel et juridicisé, la politique de sécurité nationale des États de droit se heurte à une double difficulté. D'un côté, transgresser la loi pour protéger la nation expose l'action sécuritaire de l'État à une perte de légitimité politique et à des risques juridiques trop importants. De l'autre, s'en tenir à un respect scrupuleux du cadre légal de la politique de sécurité nationale peut avoir un effet débilisant.

Cette thèse analyse la manière dont le Département de la Justice (DOJ) américain use stratégiquement du droit pour y répondre. Ces usages stratégiques du droit à finalité sécuritaire – ou *lawfare* – comportent un volet défensif et un volet offensif autour desquels se structure notre réflexion.

Sur le plan défensif, les juristes du ministère recourent à des manœuvres juridiques pour délier l'action sécuritaire de certaines contraintes normatives sans mettre en péril sa légitimité ni l'immunité des personnes qui la mettent en œuvre. Ces manœuvres prennent la forme d'abus de droit – consistant à mettre à l'écart les contre-pouvoirs pour nier l'existence de contraintes légales sans qu'ils s'y opposent – ou d'accommodements juridiques – consistant à rallier les contre-pouvoirs à des modifications permissives du droit. Après les attentats du 11 septembre, l'exécutif américain a ainsi été habilité à utiliser plus facilement des techniques de renseignement à des fins judiciaires, étendre ses activités de surveillance électronique et maltraiter des détenus suspectés d'être des combattants djihadistes.

Sur le plan offensif, les procureurs du DOJ recourent au *lawfare* pour faire de la justice pénale un instrument de la politique de sécurité nationale, malgré son indépendance et les exigences d'équité qui la régissent. Selon l'objectif sécuritaire poursuivi, ces procureurs jouent avec des qualifications pénales – pour engager la responsabilité de personnes d'intérêt plus tôt, plus loin ou plus facilement – ainsi que sur les procédures judiciaires – pour moduler la gravité des accusations, leur publicité, la nature et l'intensité des peines encourues. La justice pénale américaine est ainsi devenue un moyen d'entrave, un vecteur d' enrôlement et un outil de communication stratégique au service de la politique de sécurité nationale des États-Unis.

*In fine*, cette thèse montre que le *lawfare* du DOJ utilise des règles et des procédures juridiques formelles pour les détourner de leurs fonctions premières et permettre à l'exécutif de déroger à certains principes substantiels du droit pour mieux protéger la nation américaine.

# Using law to protect the nation

## The U.S. Justice Department's lawfare

Mark Corcoral

*Supervised by Professor Thierry Balzacq,  
Sciences Po*

### Summary

In a world that is both conflict-ridden and legalistic, states governed by the rule of law face a dilemma in their national security policies. On the one hand, violating the law to protect the nation exposes the state's security practices to a loss of political legitimacy and to significant legal risks. On the other hand, strictly adhering to the national security legal framework can have a debilitating effect.

This thesis analyses how the United States Department of Justice (DOJ) uses the law strategically to overcome this dilemma. These strategic uses of law for security purposes – referred to as 'lawfare' – involve both defensive and offensive aspects around which our argument is structured.

Defensively, DOJ lawyers resort to legal manoeuvres to loosen the normative constraints that hinder security practices without jeopardizing their legitimacy or the immunity of those implementing them. These manoeuvres can take the form of legal abuses – sidelining checks and balances to deny the existence of legal constraints without opposition – or accommodations – bringing Congress and the judiciary on board with permissive changes to the law. After the 9/11 attacks, the U.S. executive branch was, thus, empowered to use intelligence techniques for law enforcement purposes more freely, to expand electronic surveillance activities, and to mistreat detainees who were under suspicion of being jihadi combatants.

Offensively, DOJ prosecutors engage in lawfare to turn the criminal justice system into an instrument of US national security policy, despite rule-of-law requirements of independence and fairness. Depending on the security objective pursued, these prosecutors adapt the meaning of criminal charges in order to hold persons of interest accountable sooner, more easily, or extraterritorially. Likewise, they manipulate judicial procedures to adjust the severity of the accusations, how public they are, and the nature and intensity of potential penalties. Hence, American criminal justice has become a means to disrupt threats, a way to discipline private entities, and a tool to communicate publicly which can be used to serve U.S. national security policy.

Ultimately, this thesis argues that DOJ's lawfare uses formal legal rules and procedures to divert them from their primary functions, enabling the executive branch to deviate from certain substantive legal principles in order to better protect America's vital interests.