

Sécurité et démocratie

DEUX OBJECTIFS CONCURRENTS
OU COMPLÉMENTAIRES ?



Sécurité et démocratie sont souvent présentées comme deux objectifs contradictoires et concurrents. C'est bien plutôt leur complémentarité que souligne ce numéro qui, en mêlant approche juridique et sociologique, met l'accent sur la tradition de compromis négociés qui marque leurs relations.

Security and democracy Two competing or complementary goals?

Security and democracy are often presented as two contradictory and rival goals. However, this issue underlines their complementarity and, in combining a legal and sociological approach highlights the tradition of negotiated compromise that mark their relationship.

Sécurité et démocratie

DEUX OBJECTIFS CONCURRENTS OU COMPLÉMENTAIRES ?

Présentation, Anne WUILLEUMIER 5

Dossier

Voir

Urgence et État de droit. Le gouvernement d'exception dans la théorie constitutionnelle
■ Pasquale PASQUINO 9

Lois d'exception et état d'urgence :
protection ou menace pour la démocratie ? Une analyse au regard du droit international
■ Clémentine OLIVIER 29

Convention européenne des droits de l'homme et procédure pénale. Quelques aspects d'une incidence
■ Bernard BOULOC 53

La garde à vue : entre paradoxes téléologiques et aléas sémantiques
■ José R. V. RAZAFINDRANALY 69

Protéger la démocratie de ses protecteurs attirés : le dilemme des démocraties nouvelles
■ Sandrine LEFRANC 89

Maintien de l'ordre ou contrôle des foules ?
La mise à l'épreuve des identités professionnelles de soldat et gendarme au Kosovo
■ Thierry NOGUES 113

La procédure d'interdiction du parti Batasuna.
Normalisation ou remise en cause du périple démocratique espagnol ?
■ Jean-Marie IZQUIERDO 145

Sécurité et démocratie : la prison, une hypothèse d'école
■ Antoinette CHAUVENET 173

Actualités

LES FONDAMENTAUX DE LA SÉCURITÉ

Les valeurs sous-jacentes aux modèles
Un texte de Herbert L. PACKER présenté par Jean-Paul BRODEUR 201

Évaluer l'impact d'une patrouille « d'adjoints de sécurité ».
L'exemple d'une expérience conduite à Montréal
■ Pierre TREMBLAY, Mathieu CHAREST, Chloé LECLERC 225

Cadre de vie, victimation et relation des citoyens avec les services de police
■ Marie-Lys POTTIER 241

NOTES BIBLIOGRAPHIQUES – Frédéric OCQUETEAU, François DIEU, Emmanuel TAÏEB, Anne WYVEKENS 259

ABSTRACTS, 271 – *Devoir de réponse* par Alain BAUER, 275 – ONT CONTRIBUÉ 279



URGENCE ET ÉTAT DE DROIT Le gouvernement d'exception dans la théorie constitutionnelle

La question des pouvoirs d'exception a traversé la doctrine du droit public de la République romaine archaïque jusqu'aux débats récents qui ont suivi l'attaque du 11 septembre 2001 sur New York City. à partir des expériences historiques et des traditions juridiques, l'auteur présente une typologie des modalités légales disponibles pour faire face aux crises et aux situations d'urgence. L'article propose ainsi une grille conceptuelle qui permettrait d'établir, à côté du « droit de la guerre », un « droit de l'exception », capable de protéger en même temps l'ordre démocratique des communautés politiques et les droits imprescriptibles des individus.

EMERGENCY AND THE RULE OF LAW *Emergency government in constitutional theory*

The notion of «special powers» has been present in the doctrine of public law from the era of the Roman Empire to the recent debates following the attack on the World Trade Center on 11th September 2001. Starting from the basis of historical accounts and legal tradition, the author presents a classification of legal procedures to confront situations of crisis and emergency. In so doing, the article suggests a framework which provides for the right to declare war alongside the right to establish special powers which are capable of protecting both democratic political institutions and the inalienable rights of the individual.



LOIS D'EXCEPTION ET ÉTAT D'URGENCE : PROTECTION OU MENACE POUR LA DÉMOCRATIE ? Une analyse au regard du droit international

Lorsque la démocratie elle-même semble menacée, l'État peut-il limiter – voire suspendre – l'exercice de droits humains au nom du rétablissement de la paix et de la sécurité ? Cet article propose une réflexion sur ces questions à la lumière du droit international. Il montre en quoi l'existence de régimes d'exception – autorisant certaines dérogations à des conditions juridiques bien précises – n'implique nullement l'abandon du référentiel de l'État de droit. Bien au contraire, celui-ci se trouve réaffirmé à travers ce type de dispositif. La clé de voûte du système repose en réalité sur l'effectivité d'un contrôle indépendant, d'une part pour qualifier juridiquement la situation de crise, et d'autre part pour apprécier le caractère nécessaire des mesures exceptionnelles ainsi justifiées.

COMMUNITY POLICING AND RESTORING SOCIAL BONDS *Local policing policies in the United States and France*

Are community policing programs in North America and France evolving in the same direction, that of increasing repression? This articles compares the community policing program in Chicago and the local security contracts in Seine-Saint-Denis (a northern Paris suburb). This comparison demonstrates that what is at stake in both of the programs is more in the nature of maintaining order than prevention, although in a different spirit. On the one hand, there is an "immunological" model which consists in reinforcing the community's defences against crime while the other program is "prophylactic" and seeks not so much to combat crime but to prevent it from taking place through the restoration of the social fabric, in keeping with the tradition of eliminating the causes of crime.



CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET PROCÉDURE PÉNALE Quelques aspects d'une incidence

En ratifiant la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le législateur n'avait certainement pas envisagé que cette convention obligerait à revoir certains pans de notre procédure pénale.

Or tel est bien le cas, puisque, sous la pression des décisions de la Cour de Strasbourg, le législateur et même la jurisprudence ont dû adapter le code de procédure pénale.

Ce sont ces adaptations dans les domaines des atteintes aux libertés, du droit de la preuve et de la qualité du tribunal qui sont évoquées ici.

THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL PROCEDURE *Some effects*

Having ratified the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms it could not have been foreseen that this convention would require a review of certain aspects of our criminal procedure. Nevertheless, this is the case as, following decisions of the Strasbourg court, parliament and case law have had to adapt the code of criminal procedure in respect of interference with freedom, the law of evidence and the authority of the court.



LA GARDE À VUE Entre paradoxes téléologiques et aléas sémantiques

À partir de l'exemple de la garde à vue, l'auteur évoque les difficultés que peuvent engendrer les transformations du droit pour l'action des forces de sécurité : apparition de paradoxes réels ou apparents, imprécisions des catégories juridiques.

Il souligne la nécessité d'une herméneutique exigeante fondée sur la raison pour recourir à la coercition dans un État de droit.

HELD IN CUSTODY *Teleological paradoxes and semantic hazards*

The author evokes the problems that may arise –real or apparent paradoxes and unclear legal categories– from changes in the law on police operations when individuals are held for questioning. He underlines the importance of a strict, rational hermeneutic in order to have recourse to coercion within the rule of law.



PROTÉGER LA DÉMOCRATIE DE SES PROTECTEURS ATTITRÉS Le dilemme des démocraties nouvelles

Les démocraties « nouvelles » doivent souvent veiller, sitôt installées, à se protéger contre leurs protecteurs attitrés. Les gouvernements démocratiques du cône Sud latino-américain et d’Afrique du Sud ont ainsi dû restreindre le rôle de forces de sécurité étroitement associées aux régimes autoritaires antérieurs, tout en négociant avec leurs représentants les termes de la démocratisation, et en continuant de leur confier les missions qui leur incombent traditionnellement. Ces démocraties sont aujourd’hui apparemment « sécurisées » ; la professionnalisation des forces de sécurité a au moins été esquissée. Mais leur « normalisation » est incomplète, comme l’atteste la persistance de discours de l’« ennemi intérieur ».

PROTECTING DEMOCRACY FROM ITS PROTECTORS IN POWER *The dilemma of new democracies*

As soon as they have been set up, «new» democracies often have to protect themselves against their resident protectors. The democratic governments in Southern Latin America and South Africa have thus had to restrict the role of the security forces which are closely linked to previous authoritarian regimes, while still negotiating the terms of the democratic process with their representatives and entrusting them with assignments which traditionally were their responsibility. These democracies have today apparently been “secured” and the professional nature of the security forces at least been sketched out. However, their normalisation is incomplete, as is borne out by the persistent reference to a «fifth column».



MAINTIEN DE L'ORDRE OU CONTRÔLE DES FOULES ? La mise à l'épreuve des identités professionnelles de soldat et gendarme au Kosovo

Dans quelle mesure soldats et gendarmes français peuvent-ils coopérer dans le cadre d'une opération de consolidation de la paix au Kosovo ? Il apparaît qu'il ne s'agit plus de penser l'emploi des forces militaires et policières en fonction du territoire géographique, d'un intérieur ou d'un extérieur, mais bien plus en fonction du problème à résoudre et des objectifs plus globaux à atteindre. Ceci étant, les coopérations entre corps professionnels différents ne se décrètent pas et laissent parfois libre cours à l'expression de sentiments identitaires et de concurrences corporatistes.

MAINTENANCE OF PUBLIC ORDER OR CROWD CONTROL? *Professional identity at stake for the soldiers and policemen in Kosovo*

To what extent can French soldiers and gendarmes cooperate in the Kosovo peace-keeping mission? It seems no longer to be a question of using the army and the police according to geographical zone, inside or outside Kosovo, but more in terms of problem-solving and global targets to attain. This being the case, cooperation between different professional corps cannot be decreed and occasionally allows for the expression of feelings of identity and corporatist competition.



LA PROCÉDURE D'INTERDICTION DU PARTI BATASUNA Normalisation ou remise en cause du périple démocratique espagnol ?

L'interdiction du parti Batasuna en Espagne illustre l'ultime déclinaison de la politique de sécurité de la jeune démocratie ibérique face au fléau que représente l'ETA. Sollicitée par un parti aujourd'hui hégémonique au niveau national, le Parti populaire de José María Aznar, cette résolution incarne par ailleurs la défense d'une vision spécifique de l'Espagne. Ce faisant, elle pose la question des moyens employés afin de mettre un terme à ce « poison mortel » qui menace les institutions politiques nationales.

BANNING THE BATASUNA PARTY *Return to normality or regression in the establishment of democracy in Spain?*

The banning of the Batasuna party illustrates the ultimate declination of security policy in Spain's relatively recent democracy, confronted with the threat posed by the separatist group ETA. Solicited by Jose Maria Aznar's hegemonic Popular Party, this measure incarnates the defense of a specifically Spanish vision. In so doing, it raises the question of the methods used in permanently putting an end to this «deadly poison» which threatens the national political institutions.



SÉCURITÉ ET DÉMOCRATIE

La prison, une hypothèse d'école

Orientée en premier lieu par une finalité sécuritaire conçue en termes d'exclusion temporaire, socialement et matériellement construite autour d'un dispositif défensif qui repose sur le recours à la force, la prison s'oppose radicalement à un fonctionnement démocratique. Destinées à empêcher les détenus de devenir une puissance, les règles carcérales interdisent les actions, l'expression en commun et les échanges entre détenus, organisant alors l'ensemble des relations sociales autour de l'isolement, de la méfiance et de l'hostilité. En les privant d'un « espace d'apparition », elles condamnent les détenus à une vie sociale cachée, et ne peuvent alors assurer leur protection pas plus que celle des surveillants. Néanmoins, l'apparition contemporaine de la notion de sécurité dynamique tend à accorder aux uns et aux autres une position plus active et à favoriser davantage l'expression.

SECURITY AND DEMOCRACY

Prison, a hypothetical case

First and foremost a place of temporary incarceration and exclusion socially and materially conceived as a defensive establishment based on force, prison is a radically undemocratic institution. Designed to prevent its inmates from becoming a force to be dealt with, prison regulations prohibit any action, expression or exchange between inmates and organize the social nexus on the basis of isolation, distrust and hostility. By depriving them of an "open space" the rules and regulations condemn prisoners to a hidden social life and cannot ensure their protection any more than that of the warders. Nevertheless, the recent appearance of the notion of dynamic security allows for a more active position and greater freedom of expression.



par Pierre TREMBLAY, Mathieu CHAREST, Chloé LECLERC

ÉVALUER L'IMPACT D'UNE PATROUILLE « D'ADJOINTS DE SÉCURITÉ » L'exemple d'une expérience conduite à Montréal

Les résultats de cette étude indiquent que la stratégie consistant à confier à des patrouilles « d'adjoints de sécurité » le soin d'assurer une surveillance relativement intensive et soutenue de parcs urbains caractérisés par une fréquence élevée d'incivilités produit des effets préventifs ou dissuasifs difficilement contestables. Cette conclusion s'appuie sur la mise en œuvre d'un protocole d'évaluation rigoureux en matière de recueil des éléments de mesure dont les traits principaux (collecte quotidienne d'informations par les patrouilleurs durant une période relativement longue et manipulation expérimentale répétée de cessation et de réactivation de patrouilles en uniforme sur une pluralité de sites) sont analysés ici.

ASSESSING THE EFFECTIVENESS OF «ASSISTANT OFFICERS» PATROLS. The example of an experiment carried out in Montreal

The findings of this survey indicate that the strategy whereby the relatively intensive patrolling by police officers known as «adjoints de sécurité» of urban districts characterized by a high incidence of nuisance crime produces a deterrent effect which is difficult to refute.

This conclusion is based on the implementation of a rigorous evaluation protocol in the gathering of statistical measures whose main features (daily information-gathering by patrols over a relatively long period and repeated experimental abandonment and re-establishment of patrols in a number of areas) are analysed here.



CADRE DE VIE, VICTIMATION ET RELATION DES CITOYENS AVEC LES SERVICES DE POLICE

Quelles relations le citoyen entretient-il avec la police ou la gendarmerie de son quartier et comment apprécie-t-il leur présence sur son lieu de vie ? Telles sont les deux questions auxquelles cet article essaie d'apporter un éclairage, en analysant une enquête réalisée par l'insee auprès de 11 919 personnes. Il en ressort que la majorité des types de contacts avec la police ou la gendarmerie sont le résultat d'initiatives personnelles, dans le cadre le plus souvent d'un dépôt de plainte, même si d'importantes variations existent en fonction des tranches d'âge. L'appréciation de la présence policière dans son quartier est jugée satisfaisante pour plus de la moitié des personnes, en particulier dans les lieux où l'environnement est créateur d'un sentiment de sécurité, tandis qu'un environnement dégradé suscite une forte demande de plus de présence policière. Bien que ces résultats ne créent pas de surprise, c'est la première fois qu'une enquête de cette importance permet de mesurer les liaisons existant entre les caractéristiques des citoyens, leur victimation et leur environnement et de dégager ainsi des typologies.

SOCIAL ENVIRONMENT, VICTIMS OF CRIME AND ATTITUDES TOWARDS THE POLICE

What kind of relationship exists between the individual and the police or gendarmes in the local neighborhood and how does he or she react to their presence? This article attempts to shed light on both of these questions by analysing the results of a survey carried out on 11,919 people by the French national institute of economic and statistical information (Insee). The findings show that the majority of contacts with the police arise out personal initiatives, most often filing a complaint, even if there are significant variations depending on age. More than half of those polled appreciate the presence of the police in their area, in particular in neighborhoods where the environment creates a sense of security, whereas a disadvantaged area will provoke strong demand for an increased police presence. Although these findings are uncontroversial, it is the first time that a survey of this size has enable researchers to measure the correspondence between the type of population, the extent to it is a victim of crime and the environment, and thus to derive a classification.

La question des pouvoirs d'exception a traversé la doctrine du droit public de la République romaine archaïque jusqu'aux débats récents qui ont suivi l'attaque du 11 septembre 2001 sur New York City. À partir des expériences historiques et des traditions juridiques, l'auteur présente une typologie des modalités légales disponibles pour faire face aux crises et aux situations d'urgence. L'article propose ainsi une grille conceptuelle qui permettrait d'établir, à côté du « droit de la guerre », un « droit de l'exception », capable de protéger en même temps l'ordre démocratique des communautés politiques et les droits imprescriptibles des individus.

Urgence et État de droit

Le gouvernement d'exception dans la théorie constitutionnelle*

par Pasquale PASQUINO

L'ATTAQUE TERRORISTE DU 11 SEPTEMBRE 2001 AU CŒUR DE MANHATTAN a rouvert un débat qui a traversé l'Occident depuis l'Antiquité romaine : celui du rapport entre la sécurité et l'ordre de la cité, d'un côté, et la protection des droits individuels, qui sont la raison d'être du gouvernement, de l'autre. Le juge de la Cour suprême américaine, Robert H. Jackson, dans son opinion dissidente d'un arrêt célèbre (*Korematsu v. United States*, 1944)¹ faisait observer que la protection de la Constitution suppose celle de la société

•••• (*) Bernard Manin et John Ferejohn ont longuement discuté avec moi des questions abordées ici. Je tiens à les en remercier. Ils ne sont évidemment pas responsables de mes erreurs et de mes obstinations.

(1) Le texte de l'opinion de Robert H. Jackson est traduit en français dans ZOLLER (E.), 2000.

et que le pouvoir exécutif a le droit, ou plutôt le devoir, de choisir les moyens les plus adéquats et les plus efficaces pour la protection des citoyens. La question, le cœur du drame pour reprendre une métaphore littéraire, est celle du coût qu'on est prêt à payer en termes de droits individuels devant le danger ou la menace qui peuvent surgir de l'extérieur ou de l'intérieur de la société et risquer de la détruire. Le souverain, dit la théorie moderne de l'État, est celui qui décide de la menace, dans son existence comme dans la détermination des moyens nécessaires pour en venir à bout. Le droit public, depuis l'Antiquité, a bâti la figure juridique du gouvernement d'exception comme instrument destiné à protéger en même temps la société, en cas de danger, et les droits des citoyens, sur une longue période. C'est sur cette figure du gouvernement d'exception que nous allons nous arrêter ici, pour essayer de tracer une carte des difficultés posées par l'exercice de pouvoirs d'exception et pour dresser une liste de questions à propos desquelles citoyens et gouvernants n'ont pas cessé de s'interroger depuis l'invention de la dictature sous la République romaine.

La norme et l'exception

Arrêtons-nous, pour commencer, sur l'analyse conceptuelle du couple norme/exception.

Par « norme », on entend d'abord régularité empirique, dans l'ordre de la nature ou dans l'ordre de la société. La norme est plus ou moins stricte. Elle est absolue dans certains cas relatifs à la nature, telle la vitesse de la chute des corps, ou simplement statistique, comme lorsqu'on parle de la température « moyenne » dans la ville de Paris en janvier. Par « plus ou moins stricte », on signifie donc que la réalité empirique peut comporter ou non des exceptions, des déviations, des écarts par rapport à la norme (par exemple, et par extraordinaire, il peut faire -10°C à Paris au mois de janvier mais, dans son champ d'application, il n'y a pas d'exception à la norme ou à la loi de la gravité). Dans l'ordre de la société, si on prend l'exemple de cette

.....

(2) Kelsen (H.), 1996, p. 2-3.

.....

(3) Une question, qu'il n'est pas possible d'aborder ici, consiste à se demander pourquoi ces normes, au sens que H. Kelsen donne à ce terme, sont en mesure d'obliger les acteurs du système politique.

.....

(4) Nous insisterons plus loin sur les régimes qui régulent le gouvernement d'exception et l'inscrivent dans l'ordre constitutionnel lui-même.

norme qui consiste à arriver à l'heure à une réunion et à ne pas en partir avant la fin, on remarque aussi que la déviation par rapport à la norme demande, lorsque, exceptionnellement, elle se produit, une justification, l'absence de justification représentant une déviation par rapport à la déviation.

Par norme, on entend aussi, dans l'ordre de la logique, de l'éthique et du droit, « un commandement, un ordre ou une prescription »². En droit public, la Constitution (qu'elle soit écrite ou non) représente un « ensemble de normes » (ou de « conventions », dans les constitutions non écrites, comme à Rome ou au Royaume-Uni), qui s'adressent aux gouvernants, aux autorités publiques et que ceux-ci doivent respecter³.

Les normes constitutionnelles possèdent des caractères spécifiques, du point de vue de la forme – il s'agit de normes soustraites au principe de majorité, ce qui veut dire que, d'une manière générale, elles ne peuvent être modifiées que par des procédures complexes et par des majorités qualifiées – et de la substance – elles portent sur la séparation des pouvoirs et sur les droits individuels des membres de la communauté politique.

Il importe de souligner d'emblée que le champ de notre analyse se rapporte au « gouvernement d'exception » comme exception ou « dérogation » par rapport au « gouvernement constitutionnel », ici entendu au sens de gouvernement « normal ou ordinaire »⁴. En effet, il est nécessaire pour comprendre ce qu'on définit comme exception de déterminer la norme de référence.

Déroger

La notion de « dérogation », quant à elle, semble renvoyer à deux questions différentes : celle de la « forme que prend le gouvernement dérogatoire », et celle de la « justification » de l'éloignement par rapport à la norme. Nous y reviendrons longuement par la suite. Avant cela une petite remarque sur le mot « dérogation ».

Kelsen, dans son œuvre posthume citée plus haut, la *Théorie générale des normes*, consacre tout un chapitre à

ce concept de dérogation/abrogation⁵. Il n'est pas possible de faire ici un commentaire complet du texte de Kelsen, mais remarquons simplement ceci.

Le Robert définit «dérogation» comme l'antonyme de «conformité, observance, observation» (ajoutons, pour ce qui nous concerne, à une norme juridique). La dérogation serait donc une «différence permise», dans certaines circonstances, justifiée, donc, et en tout cas justifiable, ici au sens de «qui doit être justifiée»⁶.

Or le sens du mot latin est un peu différent. «Derogare»⁷ s'oppose à et doit être distingué de «abrogare»⁸ et «obrogare»⁹. On le voit dans un texte canonique de Cicéron¹⁰: «*Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest*»¹¹, qu'on peut traduire par: «Il n'est pas consenti de modifier cette loi, il n'est pas permis non plus d'en supprimer une quelconque partie, ni de l'abroger en son entier.» Il y a là, dans cette dimension de «l'inapplication partielle», une idée très importante en ce qui concerne la dérogation constitutionnelle que représente l'état d'exception, qui ne doit pas manquer de retenir l'attention du lecteur.

Nous avons, donc :

- la norme (en droit public : la Constitution ou, plus exactement, le gouvernement régulier) ;
- la dérogation (le gouvernement d'exception) ;
- la justification de la dérogation.

Ce qui renvoie à un autre couple conceptuel :

- l'urgence, l'émurgence, en somme, des circonstances spéciales qui doivent justifier la dérogation, définie comme un écart, une suspension partielle, d'un côté ;
- le principe supérieur qu'on veut défendre, préserver, sauvegarder en face de ces circonstances extraordinaires (la *positive Verfassung* – la constitution positive –, disait Carl Schmitt, à laquelle on peut sacrifier les *Verfassungsgesetze* – les lois constitutionnelles), d'un autre côté.

••••

(5) Notamment p.139-150 de la traduction française.

••••

(6) Justifier vis-à-vis de qui ? C'est une autre question capitale que nous laisserons cependant de côté ici.

••••

(7) Casser une loi partiellement, ne l'appliquer «qu'en partie».

••••

(8) Casser une loi «dans sa totalité».

••••

(9) Abroger une loi «en la substituant à une autre».

••••

(10) CICÉRON, *De Republica*, III, 22.

••••

(11) La version française de H.Kelsen contient un certain nombre d'erreurs d'orthographe dans la citation latine, qu'on a ici restituées.

••••

(12) Pas celles, en revanche, de la raison d'État.

••••

(13) Version latine où apparaît la formule «*salus populi*»; la traduction française de François Tricaud (Paris, Sirey, 1971, p. 357) dit : «*La fonction du souverain (qu'il s'agisse d'un monarque ou d'une assemblée) est contenue dans la fin pour laquelle on lui a confié le pouvoir souverain, et qui est le soin de la sûreté du peuple.*»

••••

(14) On peut remarquer que, chez Hobbes, il n'y a pas de place pour le gouvernement d'exception car dans son univers conceptuel l'exception et la norme coïncident. La nature extrême du conflit et de la menace qui caractérisent sa conception de la société permet cette *reductio ad unum* de la règle et de l'exception. N'oublions pas que Hobbes avait devant ses yeux une société traversée par la violence extrême des guerres civiles de religion. Son état de nature n'est que la version abstraite et stylisée de ce type de conflits irréductibles. Et *Le Léviathan* (l'État absolu), constitue la réponse à l'état de nature, lui-même métaphore du conflit de religion.

L'identité de la norme et de l'exception a pour le philosophe anglais un fondement ontologique dans la réalité du conflit. En revanche, chez Carl Schmitt, l'exception a un rôle privilégié du point de vue épistémologique, celui de la construction des concepts : ce n'est que le cas d'exception qui permet, pour le juriste allemand, la compréhension de la réalité, dont le cas normal ne présenterait qu'une version ou variante affaiblie et donc non essentielle. Une thèse hautement discutable.

Dualisme et typologies

Considérons la dichotomie suivante :

(A) « Gouvernement régulier » ;

(B) « Gouvernement d'exception ».

Certaines doctrines (que nous allons qualifier de « monistes ») prétendent qu'il n'y a pas de différence entre (A) et (B), soit parce qu'il serait possible de tout réduire à la logique juridique du gouvernement régulier (c'est le cas de Leibniz et de Condorcet), soit en vertu de l'identité entre l'action même du gouvernement et le principe «*salus populi suprema – et sola – lex esto*» (le salut du peuple est loi suprême – et la seule), comme chez Thomas Hobbes et la plupart des doctrines absolutistes¹². Hobbes, au chapitre XXX du *Léviathan*, écrivait ainsi : «*Summi imperantis officia [...] manifeste indicat institutionis finis nimirum salus populi*»¹³. Ici le « salut public » est la norme du gouvernement, non celle qui justifie une dérogation vis-à-vis du gouvernement régulier ; il renvoie, bien au contraire, à la forme ordinaire de celui-ci¹⁴.

Aux monistes s'opposent ceux qu'on peut appeler des dualistes, qui pensent eux que gouvernement régulier et gouvernement d'exception doivent être distingués car ils renvoient à deux moments constitutionnels distincts. Ceux-ci représentent en réalité la tradition politique dominante en Occident.

L'école dualiste connaît deux branches différentes : la branche « romaine » et la branche « anglaise » qui se distinguent par leur manière d'organiser le double régime et que nous allons étudier maintenant.

Dualisme romain

Les dualistes classiques qui peuvent être nommés « Romains » ou « néo-Romains » croient généralement que (A) est caractérisé par l'existence de droits individuels garantis par une structure polyarchique du gouvernement.

La forme minimaliste de (A) est la « constitution romaine » républicaine, telle qu'elle est présentée¹⁵ par Polybe dans le livre VI de ses *Histoires* : sa structure polyarchique est une variante de ce que les Grecs ont appelé « régime ou constitution mixte ». Elle se caractérise par l'existence d'une pluralité de magistratures¹⁶ : les consuls, le Sénat, les tribunes et les comices, ainsi que par la « *provocatio ad populum* », c'est-à-dire la possibilité et le droit, pour le citoyen romain, de soumettre la condamnation à la peine capitale à la tenue d'un procès régulier de la part des autorités publiques¹⁷.

(B), en revanche, est représenté, chez les Romains, par la « dictature », qui consiste en une suspension temporaire du droit du citoyen d'en appeler au peuple, en cas de menace de condamnation à la peine capitale, mais aussi de la structure polyarchique du gouvernement républicain, à la faveur d'un pouvoir monocratique et supérieur aux droits des citoyens.

Nous avons, donc, chez les Romains la dichotomie suivante :

polyarchie | monocratie / dictature ;
procès régulier | condamnation sommaire, sans procès.

À l'intérieur de la tradition républicaine, ce modèle¹⁸ a survécu, sans avoir beaucoup attiré l'attention, même celle des spécialistes, dans l'œuvre de Machiavel, de Harrington et de Rousseau, jusqu'à prendre une forme singulière (la dictature collégiale et politiquement responsable du Comité de salut public) sous la Révolution française.

Il a survécu également dans le droit constitutionnel positif du continent européen, comme en témoignent les articles 48 de la Constitution de Weimar (1919), qui fut discutée par la doctrine sous la dénomination de « *Diktaturgewalt des Reichspräsident* », et 16 de la Constitution française de 1958. Un élément typique de la tradition néo-romaine se retrouve dans ces dispositions par lesquelles une place spéciale est donnée aux pouvoirs d'exception ; ceux-ci se trouvent ainsi inscrits dans des constitutions écrites, c'est-à-dire formellement constitutionnalisés !

••••

(15) En réalité, il faudrait sans doute parler à son propos d'une véritable création...

••••

(16) Pluralité qui justifie le qualificatif de polyarchie.

••••

(17) C'est ce contexte juridique qui permet de parler à raison de « liberté des Romains » dans un sens qui n'est pas simplement celui de la participation politique, comme l'ont prétendu, à tort, Benjamin Constant, d'abord, et Isaiah Berlin après lui.

••••

(18) Nous parlons ici de modèle au sens d'idéalisation. Celui-ci commence avec les annalistes de la fin de la République, notamment Tite Live, et sera repris par Machiavel. Quant à la réalité historique de la magistrature dictatoriale dans la Rome républicaine, elle demanderait une analyse beaucoup plus nuancée.

Dualisme anglais

Il existe un autre modèle qu'on peut considérer comme dualiste, du moins si on s'en tient à la distinction entre régimes juridiques normaux et régimes exceptionnels (suspendant donc les droits individuels des citoyens). Il renvoie à l'ancienne théorie constitutionnelle anglaise et à la doctrine de la «prérogative royale» (*prærogativa regia*). Telle qu'elle apparaît dans le deuxième traité sur le gouvernement de John Locke, celle-ci semble en effet envisager la dérogation à un gouvernement régulier qui se veut quant à lui fondé sur la séparation des pouvoirs et la subordination de l'exécutif au législatif. La prérogative royale est un pouvoir monarchique exercé «*contra et extra legem*» (contre la loi et en dehors d'elle) en vue, entre autres choses, de préserver le *salus populi* et l'ordre constitutionnel. Locke insiste, d'ailleurs, sur la circonstance qui fait des sujets eux-mêmes le juge de dernière instance des abus de cette prérogative¹⁹.

.....

(19) La prérogative chez Locke a, en réalité, une fonction beaucoup plus large, qui va de l'*epieikeia* aristotélicienne (la doctrine qui justifie la transgression de la loi pour éviter l'injustice) jusqu'au gouvernement d'exception. Cette doctrine a, en outre, un côté «démocratique», il faudrait dire «monarchomaque», car elle attribue aux citoyens le contrôle sur les pouvoirs d'exception.

On peut remarquer qu'au cours de son évolution le système constitutionnel anglais s'est déplacé progressivement d'une structure polyarchique (caractérisée par la formule de «*King in Parliament*», impliquant la coopération des deux Chambres et du monarque) vers une structure de type monarchique (où domine la Chambre des communes en tant qu'organe titulaire, *de facto*, de la souveraineté parlementaire tout entière). De sorte que le Royaume-Uni représenterait aujourd'hui un cas rare d'«absolutisme» électif démocratique; d'où, pourrait-on arguer, l'impossibilité et l'inutilité, surtout, d'un régime d'exception (B). Il semble néanmoins que lorsque le Parlement anglais adopte des lois dérogeant aux droits ordinaires des citoyens – comme cela a été le cas ne serait-ce que récemment pendant la longue crise en Irlande du Nord – ce même Parlement est soucieux de qualifier ces lois de «lois à terme», c'est-à-dire provisoires et liées à une situation exceptionnelle. Il est certes vrai que ces mêmes lois d'exception ont été reconduites à chaque échéance, et ceci pendant plus de vingt ans. Il reste cependant que, chaque fois, la loi était présentée comme destinée à périr. Ce qui n'est pas le caractère de la loi ordinaire.

Un auteur classique de la culture juridique d'outre-Manche, Albert Venn Dicey, permet de préciser la caractérisation du régime anglais comme régime dualiste. La thèse soutenue dans cet article est qu'une théorie des pouvoirs d'exception ne se justifie qu'à l'intérieur d'un système constitutionnel qui distribue le pouvoir, d'une manière qui n'est pas entièrement hiérarchique, entre différentes branches (polyarchie). Il ne faut pas oublier, cependant, que l'état d'exception est caractérisé aussi par la suspension de droits dont les citoyens jouissent à l'ordinaire, sur la base de la tradition juridique ou de la Constitution en vigueur. L'état d'exception constitue de ce point de vue une modification des rapports de pouvoir entre les citoyens – en tant qu'individus – et le gouvernement – en tant qu'organe de direction de la vie politique. Chez Hobbes, il n'existe pas de polyarchie ni de droits qui puissent être suspendus, car le droit à l'auto-préservation, le seul que *Le Léviathan* reconnaisse, n'est jamais suspendu. Il n'en va pas de même dans le système anglais, qui connaît, par opposition au gouvernement régulier, une forme de gouvernement extraordinaire connue sous le nom de « *martial law* ». À cette forme juridique, Dicey consacre un appendice important dans son ouvrage classique *The Law of the Constitution*²⁰. Ce texte du grand juriste corrobore la thèse du dualisme anglais, cette fois-ci dans la version qui met en évidence la dualité de régimes légaux, malgré le caractère monocratique du régime politique (au sens où c'est toujours le Parlement qui gouverne en Angleterre dans l'État régulier comme dans l'État d'exception)²¹.

Dans ce contexte, le dualisme prend une forme spécifique qu'il s'agit de préciser. D'abord, rappelons qu'on est là en présence, comme à Rome, d'une Constitution « coutumière », et qu'on ne peut donc pas trouver d'articles de la Constitution, comme c'est le cas en France ou aux États-Unis, faisant apparaître le dualisme en question. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a pas de Constitution (en tant que structure régulière des pouvoirs publics et ensemble des droits des citoyens). On parlera donc de « Constitution anglaise », comme Aristote le faisait de celle d'Athènes et Polybe de celle de Rome, en tant que reconstruction

.....

(20) Nous citons ici une édition récente de cet ouvrage: Indianapolis, Liberty Fund, 1982, Appendix, Note X – *Martial Law in England during the Time of War and Insurrection*, p. 396-416.

.....

(21) Que l'Angleterre soit devenue dans le courant du XIX^e siècle un système constitutionnel quasi monocratique, fondé sur la souveraineté d'un parlement monocaméral – ce qui constitue au demeurant une exagération, car la Chambre des Lords existe toujours avec des pouvoirs limités, certes, mais effectifs – n'est pas en soi exclusif d'un certain dualisme.

intellectuelle d'usages juridiques bien établis, plutôt que comme d'un texte du droit positif.

Enfin, si on prend en compte le deuxième volet de la définition proposée des pouvoirs d'exception : la suspension ou la limitation provisoire des droits fondamentaux, on reconnaîtra aisément le dualisme spécifique du système anglais. Dicey écrit : « *On doit toujours garder à l'esprit le principe général et essentiel du droit anglais d'après lequel un citoyen britannique est censé être toujours titulaire en Angleterre de ses droits, tels que les reconnaît la common-law, en particulier le droit à la liberté personnelle* » (p. 397). La question se pose alors de savoir comment il est possible de « justifier » que des Anglais soient privés « de leurs droits de *common-law*, ce qui arrive notamment lors de la déclaration de la loi martiale » – équivalent de notre état d'exception. Le système légal anglais, du moins si on en croit Dicey, est ainsi parfaitement conscient de l'existence de deux conditions légales et constitutionnelles, celles qu'il convient d'appeler régime ordinaire et régime d'exception ; le dernier étant caractérisé par la suspension temporaire de droits fondamentaux des individus.

Lorsqu'il définit la loi martiale, Dicey insiste sur le fait que le gouvernement a le devoir de maintenir l'ordre public (« *the King's peace* »). Or « *la loi martiale* (p. 398) est établie lors d'une invasion ou d'une insurrection [on retrouve ici l'écho du texte de la Constitution américaine, où il est question de la suspension de l'habeas corpus] là où et dans la mesure où l'ordre public ne peut pas être sauvé par des moyens ordinaires ²² [à cause] d'une nécessité urgente et extraordinaire ». Et il ajoute : « *Ce pouvoir de maintenir la paix par l'utilisation de la force strictement nécessaire à ce but* ²³ *est parfois défini comme prérogative de la couronne.* »

De tout cela, apparaît clairement un rapport étroit entre trois éléments :

- la nécessité ;
- la loi martiale (un régime spécial provisoire) ;
- la suspension de droits individuels, notamment la propriété et la liberté personnelle.

....

(22) Souligné par l'auteur.

....

(23) D'où il découle un principe de proportionnalité. (N.d.A.)

Le système constitutionnel anglais connaît donc lui aussi deux régimes : le régime régulier ou ordinaire et la loi martiale. Ce dernier, suscité par une « nécessité extraordinaire », consiste en une suspension temporaire des droits ordinaires. Ce qui rend la *martial law* semblable à la condition légale qui dans d'autres contextes est appelée dictature, état d'exception, *Ausnahmezustand*, *Notfall*, *Belagerungszustand*, etc.

Réalistes et sceptiques

Une théorie dualiste part ainsi de l'hypothèse qu'« il existe des circonstances exceptionnelles »²⁴ qu'on ne peut pas gouverner par les moyens ordinaires (ceux qui respectent entièrement les droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs). Il est utile cependant de distinguer entre une dimension ontologique et une dimension épistémique de l'état d'exception.

Du point de vue juridique, tous les dualistes affirment que la « norme » et l'« exception » sont deux conditions différentes du système normatif. Certains parmi eux (on peut les appeler « réalistes ») prétendent que ce dualisme puise son fondement dans deux états du monde, dans une différence ontologique objective et évidente, et que, donc, chacun est en mesure de reconnaître l'existence ou la matérialisation de chacun d'eux. Il s'ensuit qu'un mécanisme « automatique » pourrait être mis en place pour détecter l'apparition ou la disparition de l'état du monde qu'on peut appeler urgence ou exception, à l'instar du mécanisme, s'il existe, qui fermerait les voies sur berge de la Seine au moment des crues et donnerait le signal de réouverture lorsque le niveau du fleuve baisse au-dessous d'un seuil donné.

D'autres (qu'on appellera « sceptiques ») pensent, au contraire, qu'il n'existe pas d'évidence absolue de l'existence d'une situation exceptionnelle, danger ou menace, et qu'il est, par conséquent, inévitable qu'il y ait désaccord concernant l'émergence et l'existence de cet état, de sorte qu'il faut attribuer à un acteur du système politique et constitutionnel (organe ou institution) la « compétence, ou

••••

(24) Machiavel parlait, lui, de « *accidenti straordinari* » !

l'autorité épistémique» qui consiste à déclarer l'existence de l'état d'exception.

Du point de vue qui nous intéresse ici, l'exception prend la forme d'une « menace spéciale » qui pèse sur l'ordre politique. C'est l'existence déclarée d'une menace extraordinaire vis-à-vis du système républicain de Rome, ou de l'ordre constitutionnel démocratique d'une communauté donnée, qui fait apparaître et justifie (B), le régime d'exception²⁵.

La logique de (B), comme le faisait déjà remarquer Carl Schmitt lorsqu'il parlait de « dictature commissaire », est conservatrice ou préservatrice du *statu quo* constitutionnel. La fonction de (B) est de rétablir (A), le régime régulier, dans son intégrité, et le plus vite possible.

••••

(25) On peut dire en ce sens que les sceptiques croient à la possibilité épistémique de reconnaître l'état d'exception et sont réservés sur la possibilité ontologique.

Encadrer les pouvoirs d'exception

Parmi les théoriciens qui défendent la nécessité du régime d'exception (nos dualistes), il est possible de distinguer les positions d'un point de vue différent. D'un côté, on peut classer ceux qui prétendent qu'il n'est pas possible de régler cette éventualité, car il n'y a pas de règles pour les cas d'urgence: « *necessitas non habet legem* »; ainsi, par exemple, le président de la Cour suprême américaine William Rehnquist²⁶; de l'autre, ceux qui croient qu'il existe ou que doivent être établies des règles de droit ou même des dispositions constitutionnelles pour régler le gouvernement d'exception. De sorte qu'on pourrait parler de « droit de l'exception », comme on a parlé au XVIII^e siècle de « droit de la guerre ».

Parmi ces derniers, il est encore possible de distinguer entre :

– ceux qui, comme les néo-Romains, veulent que (B) soit réglé *ex ante* par des normes constitutionnelles spécifiques, portant sur son déclenchement, ses compétences propres, sa durée, etc. ;

– ceux qui croient que des lois, des lois spéciales ou des mesures prises par le pouvoir exécutif, sont des instruments suffisants pour faire face aux urgences et aux crises.

••••

(26) *All the Laws but One. Civil Liberties in Wartime*, New York, Vintage Books, 1998.

Ces positions différentes sont le legs de traditions légales hétérogènes et de préoccupations normatives qui ne sont pas du même type.

a. Le contrôle *ex ante* semble être préféré par les tenants du « républicanisme classique » et par la doctrine continentale européenne, l'un et l'autre préoccupés par la fragilité de l'ordre constitutionnel (en raison de sa structure poly-archique). Ses tenants croient que l'organisation constitutionnelle des pouvoirs d'exception peut aider à faire face aux situations d'urgence et de crise aussi bien qu'à l'abus de ces pouvoirs. La raison de cette dernière croyance semble être la suivante : si un régime spécifique de gouvernement est activé pour faire face à une menace exceptionnelle, l'attention des citoyens et celle des autres branches du gouvernement vont être constamment en alerte et vigilante et peuvent fonctionner comme mode de surveillance des pouvoirs d'exception. On pourrait appeler celui-ci l'argument de la « saillance » des faits constitutifs d'abus de pouvoirs d'exception.

b. La deuxième option est préférée par ceux qui sont moins préoccupés aussi bien des risques naissant, pour la structure constitutionnelle, des situations d'urgence que des abus que les organes réguliers de l'État peuvent être amenés à commettre, en ayant recours à des lois spéciales ou à des mesures prises par le pouvoir exécutif pour contrer les crises. Elle est préférée aussi par ceux qui sont sceptiques quant à la possibilité de domestiquer les dangers intrinsèques à l'activation des pleins pouvoirs, même réglés par la Constitution. Cette option semble être le choix du système constitutionnel américain, au moins depuis la fin de la guerre civile. La Constitution des États-Unis connaît, certes, une sorte de gouvernement d'exception. En fait l'alinéa 2, section 9, de son article 1^{er} prévoit la « suspension » du privilège de l'*habeas corpus* « lorsqu'en cas de rébellion ou d'invasion l'ordre public l'exigerait », mais ce régime exceptionnel n'a plus été appliqué après la guerre civile et la décision de la Cour suprême « *ex parte* Milligan ». Il est devenu pour l'essentiel un objet de pure histoire constitutionnelle.

Il est difficile d'avancer des arguments qui permettraient de choisir, en raison, entre *a* et *b*. L'ingénierie constitutionnelle dépend pour beaucoup du contexte politique ; des

recettes universelles, en l'espèce, ne peuvent pas être proposées « du fond d'un boudoir ». Si on considère les « dangers inhérents » à *a* et à *b*, on peut, néanmoins, présenter les quelques remarques qui suivent.

En tenant compte de l'expérience historique, on peut distinguer deux modalités de contrôle des pouvoirs d'exception. D'un côté, (I) on peut recourir au modèle romain qui disjoint l'organe qui « déclare » l'émergence de celui qui « exerce » les pouvoirs d'exception. Par exemple, le Sénat et le dictateur à Rome, ou, dans un contexte contemporain, la cour constitutionnelle et le président de la République ou le Premier ministre en France. Dans ce cas-là, on peut imaginer que l'organe qui exerce les pleins pouvoirs n'est pas politiquement responsable.

De l'autre côté, (II) on peut accepter que le même organe de l'État déclare et exerce les pouvoirs d'exception, mais en le rendant responsable devant le pouvoir judiciaire (comme aux États-Unis) ou toute autre instance (par exemple le Conseil d'État).

On pourrait appeler le premier un mécanisme *ex ante* de dissuasion des abus. Et le deuxième un mécanisme de contrôle *ex post*.

On peut résumer schématiquement ce que nous avons présenté jusqu'à maintenant de la manière suivante :

Les dispositions (constitutionnelles) concernant les pouvoirs d'exception doivent considérer :

- Le mécanisme de déclaration [1]
 - Les modalités d'exercice [2]
 - Le rétablissement de la normalité [3]
 - Le contrôle sur les effets des mesures d'exception [4]
-

Remarquons à propos du point [2] que certaines constitutions (comme celle de l'Allemagne d'aujourd'hui) excluent la suspension, même provisoire, de certains droits fondamentaux ; d'autres, la possibilité d'adopter des lois (en France, sous le régime prévu par l'article 16, le président ne peut prendre que des « mesures »). Remarquons, en outre, que, dans le cas de pouvoirs d'exception non constitutionnalisés, les lois adoptées pour faire face à l'urgence peuvent

avoir des « *sunset clauses* »²⁷; et que [4] peut fonctionner comme contrôle *ex post* sur [2].

Après avoir distingué entre pouvoirs d'exception constitutionnalisés et non constitutionnalisés, considérons un dernier aspect important relatif à notre sujet: la question de la difficile distinction des circonstances exceptionnelles légitimes de celles qui caractériseraient un recours abusif au système de l'état d'exception, ou pour le dire autrement, celle de la frontière – ténue – entre urgence légitime et instrumentalisation abusive des dérogations autorisées par ce régime juridique.

••••
(27) Elles ne sont en vigueur que pour un temps déterminé *ex ante* et, si elles ne sont pas renouvelées, elles disparaissent du système normatif.

Caractériser l'urgence

Dans tout système politique qu'on qualifie de « libéral-démocrate », on peut distinguer deux types de conflits:

– des conflits entre citoyens, en tant qu'individus privés (conflits de droit privé);

– des conflits entre citoyens, en tant qu'acteurs politiques en compétition pour les charges publiques (conflits de droit public ou constitutionnel).

Le système légal ordinaire est établi pour réguler le premier type de conflits; il définit les infractions à l'ordre juridique, les peines et les institutions (cours et ordres judiciaires) qui se chargent de la résolution des conflits et de la justice « commutative ». Les règles du système politique et constitutionnel, en revanche, organisent la compétition pour les charges publiques.

L'« urgence » peut être définie comme une situation qui produit une perturbation, un trouble grave de l'ordre et/ou du système politique ou bien comme un événement qui menace la survie de la communauté en tant qu'organisme collectif. Or cette urgence peut avoir des causes « exogènes » et/ou « endogènes ».

Le cas le plus simple, du point de vue analytique, de menace exogène est celui d'une guerre ou d'une invasion: la tentative, de la part d'un « ennemi », de détruire, d'occuper ou de prendre le contrôle du pays. C'est le cas prévu explicitement par la Constitution allemande à l'article

115a-l (*Verteidigungsfall* – l'état de défense). Ici, les mesures spéciales sont justifiées afin de protéger l'intégrité du territoire et la nature même de l'ordre libéral-démocrate.

Deux autres cas sont plus problématiques, ceux du « terrorisme » et de la « guerre civile ». Par guerre civile, on entend la tentative, de la part d'acteurs politiques qui appartiennent au système, de détruire ou de mettre en question l'ordre constitutionnel. On peut penser au putsch de Kapp au début de la république de Weimar ou à la menace représentée par l'OAS en France pendant la guerre d'Algérie. Le terrorisme « interne », comme les Brigades rouges en Italie ou la RAF en Allemagne ou encore Action directe en France, semble être une variante de la même famille. Le terrorisme international peut être, quant à lui, placé quelque part entre la guerre et la guerre civile. Dans tous ces cas, l'ordre politique est attaqué et mis en question par des « ennemis », dont le but est la destruction ou le changement de nature de cet ordre. De sorte qu'il paraît légitime de faire tout ce qui est possible pour mettre les ennemis hors d'état de nuire et de représenter une menace pour le *statu quo*.

Cela devient plus problématique lorsque, en vue de cette lutte, le gouvernement suspend les droits des citoyens. Le fait d'adopter une loi qui introduit un crime comme le « délit d'association » (ce qui est le cas du *Patriot Act* voté par le Congrès aux États-Unis en 2002) rappelle ainsi les articles sur l'« association subversive » du code pénal fasciste rédigé dans les années 1930 par Alfredo Rocco. Il s'agit d'un type de normes adoptées pareillement par le régime stalinien et par la dictature cubaine entre les deux guerres, régimes qui n'ont rien en commun avec l'État de droit et la démocratie.

Le caractère secret de la procédure pénale est aussi une source de préoccupation. On comprend bien que le gouvernement dans sa lutte contre les ennemis de l'État a de bonnes raisons de garder le secret sur des informations qui pourraient aider ces derniers. Néanmoins, on peut se demander (par exemple à propos des États-Unis depuis septembre 2001) si le secret n'est pas un instrument pour protéger le gouvernement vis-à-vis des critiques d'inefficacité portées sur cette lutte elle-même²⁸. Si le secret est trop

••••

(28) La manie de M. Ashcroft, le ministre de la Justice de l'administration Bush, pour le secret amène à réfléchir sur le fait que, en raison du plus grand secret dans lequel tout est tenu, on ne peut ni prouver ni falsifier l'affirmation qui vient d'être émise...

étendu, les citoyens ne sont plus dans la condition, essentielle pour toute démocratie, de juger leur gouvernement. Et le régime glisse petit à petit vers une forme despotique.

D'une manière plus générale, il est légitime de se préoccuper du fait que le gouvernement puisse recourir à des pouvoirs d'exception, ou à des mesures équivalentes, non pour mettre en déroute les ennemis de l'État, mais pour se débarrasser de concurrents dans la compétition politique. L'utilisation des pouvoirs d'exception en Inde pendant les années 1970 de la part de M^{me} Indira Gandhi est l'illustration exemplaire de ce type de « risque ».

Un régime démocratique et libéral peut être menacé par d'autres types d'urgences, dont voici une liste possible et non exhaustive : une urgence « économique » qui, doublée par un blocage du processus législatif, demande des mesures immédiates et exceptionnelles. Dans ce cas spécifique, le pouvoir exécutif est amené à agir en l'absence d'une délégation explicite du pouvoir législatif. L'approbation *ex post* de ces mesures peut être considérée dans ces circonstances comme la modalité pour rétablir, dès que possible, la forme régulière du gouvernement.

Un cas plus aigu d'urgence est celui qui se produit dans la république de Weimar à la fin de sa courte histoire. Après 1928, il n'y avait plus au *Reichstag* (la Chambre basse du Parlement allemand) de majorité politique pour soutenir l'ordre constitutionnel établi en 1919 ou les décisions du gouvernement. L'ordre libéral-démocratique inscrit dans le texte constitutionnel n'avait plus de soutien « démocratique », ici au sens de « majoritaire ». Ce dilemme tragique n'a peut-être pas de solution ; dans une situation de ce genre – si elle n'est pas tout à fait exceptionnelle et surtout de courte durée –, il n'y a aucune possibilité de protéger l'ordre libéral-démocratique. Les citoyens qui croient aux valeurs de la démocratie libérale peuvent s'engager dans une guerre civile contre leurs ennemis. Mais, comme dans le cas de l'« appel au ciel » dont parlait John Locke, il s'agit d'un défi et d'une décision que seul chaque individu en tant que tel peut prendre en son âme et conscience.

Une urgence, sans doute moins dramatique, est celle représentée par un cas sans précédent de menace, un cas

qui paraît, néanmoins, très dangereux et dont personne ne peut dire combien de temps il va durer ni comment exactement il peut être enravé, mais qui est pris suffisamment au sérieux, au point qu'un certain nombre de droits fondamentaux se trouvent réellement menacés. On doit se demander si le terrorisme international représente une telle menace. La réponse à cette question est loin d'être évidente. Il n'est pas impossible que, sous une forme moins éclatante que celle que nous avons vécue le 11 septembre 2001, le terrorisme devienne un élément ordinaire de notre existence future et qu'il soit reclassé comme autre chose que de l'urgence!

Le cas le plus extrême est représenté par ce que nous conviendrons d'appeler un « changement endogène de régime ». Si on veut utiliser le langage de Carl Schmitt dans *La Dictature*²⁹, dans ce cas l'ennemi n'est plus un acteur qui menace l'ordre politique, mais l'ordre politique et constitutionnel lui-même qui est considéré désormais comme étant incompatible avec le nouveau régime qu'on cherche à établir.

Dans ce cas, le gouvernement d'exception n'est pas la gestion provisoire d'une crise en vue de rétablir l'ancien ordre constitutionnel, mais le point de départ d'un nouvel ordre de la cité. Un cas de figure que le juriste allemand appelle, avec une formule trompeuse, « dictature souveraine ». On peut penser ici au projet jacobin de régénération de l'humanité ou à la dictature du prolétariat dont parlait Lénine, provisoire seulement au sens de représenter la transition vers un « *brave new world* »...

••••

(29) Schmitt (C.), 2000. La version originale allemande date de 1921.

Conclusion

Pouvoirs d'exception et structures constitutionnelles

Même si on a raison d'opposer, en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs d'exception, le parlementarisme moniste (fondé sur le principe de la souveraineté parlementaire) qui caractérise aujourd'hui le Royaume-Uni, aux systèmes

fondés sur la balance des pouvoirs et une véritable polyarchie, tels que la Rome républicaine et les États-Unis, il faut éviter que cette opposition ne cache d'autres traits importants pour notre classification.

Un système absolutiste de type hobbién et le système constitutionnel de la Grande-Bretagne d'aujourd'hui renvoient, certes, l'un et l'autre à un organe détenant le monopole de la souveraineté. Néanmoins, comme on l'a vu, pour Hobbes cela n'a pas de sens de parler de pouvoirs d'exception (la préservation et la défense du « *salus populi* » étant la fonction unique et constante du gouvernement); en revanche, le Parlement anglais lors de la longue crise de l'Ulster n'a pas cessé de déclarer le caractère exceptionnel des lois par lesquelles on essayait de maîtriser la guerre civile. Il est vrai que ces lois ont été renouvelées un très grand nombre de fois, mais cela ne les a jamais fait apparaître ni présenter comme des lois ordinaires³⁰. On veut suggérer par là qu'une urgence (surtout si elle est géographiquement localisée sur le territoire d'un État) peut certes durer vingt, trente, quarante ans, sans cesser d'être perçue comme telle par le législateur. Il est vrai, d'autre part, que dans un système parlementaire du type de celui de Westminster, où le Premier ministre contrôle la majorité parlementaire, l'action du gouvernement n'a pas cette physionomie de « mouvement lent » (*il moto tardo*), qui caractérise pour Machiavel les polyarchies; de sorte que l'exigence d'un « dictateur » ou d'un président de la République, auquel on peut attribuer les pleins pouvoirs en cas d'urgence, n'apparaît pas.

Dans les systèmes à balance des pouvoirs (ou à souveraineté partagée), tels que les États-Unis, ou même les « semi-présidentialismes » (V^e République, Allemagne de Weimar, etc.), le gouvernement peut avoir besoin d'un mécanisme qui accélère les décisions et les soustrait à la négociation de type polyarchique. Ce mécanisme est parfois explicite et constitutionnalisé (par exemple, dans les régimes néoromains), d'autres fois pas, comme aux États-Unis, depuis la guerre civile. On peut avancer une hypothèse explicative à ce phénomène. La Constitution américaine était à l'origine une forme égalitaire du gouvernement mixte, inspirée

••••

(30) Celles-ci n'étaient pas édictées *in aeternum* et la conscience persistait qu'elles représentaient quelque chose comme « *a breaches of law* », pour parler comme Dicey.


de l'ancienne Constitution anglaise, à l'exclusion de l'institution des Lords (c'est pourquoi on peut l'appeler égalitaire). Or la prérogative royale, qui à partir de la « *Glorious Revolution* » a commencé à disparaître en Angleterre, a survécu aux États-Unis sous une forme républicaine en tant que compétence du président élu. Une des conséquences en est qu'en lieu et place de l'« appel au ciel » (Locke), dans la version républicaine américaine de la Constitution anglaise, les abus de la prérogative présidentielle sont sous le contrôle de l'opinion publique (sondages et élections); un contrôle dont les décisions de la Cour suprême seraient une sorte de ratification juridique. Une alternative démocratique et populaire en quelque sorte au modèle d'ingénierie constitutionnelle des Romains.

■ **Pasquale PASQUINO**

Directeur de recherche au CNRS

Visiting professor à la School of Law de New York University

B I B L I O G R A P H I E

- 
- KELSEN (H.), 1996, *Théorie générale des normes (Die allgemeine Theorie der Normen)*, Paris, PUF.
- SCHMITT (C.), 2000, *La Dictature*, Paris, Le Seuil.
- ZOLLER (E.), 2000, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF.