

Le paradigme de l'exception

Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme

Bernard MANIN

Tirant les leçons de la lutte menée contre Al-Qaïda après le 11 septembre, Bernard Manin montre que l'état d'exception est inapproprié pour affronter le terrorisme contemporain. Ce qui est exigé, c'est une action soutenue et persévérante, et non une suspension des règles qui ne peut être que provisoire.

Cet article a été écrit en anglais et publié sous le titre « The Emergency Paradigm and the New Terrorism » (in Sandrine Baume, Biancamaria Fontana, eds, *Les Usages de la Séparation des Pouvoirs - The Uses of the Separation of Powers*, Paris, Michel Houdiard, 2008, p. 135-171). Nous en proposons ici une version inédite en français, revue par l'auteur et traduite par Richard Robert, que nous remercions.

Il comprend deux grandes sections, qui peuvent se lire indépendamment l'une de l'autre. La première (partie I) s'arrête sur l'histoire et les théories de l'état d'exception. La seconde (partie II et III) se demande si l'état d'exception est un bon moyen pour lutter contre le terrorisme.

Les démocraties auraient tort de recourir à des institutions d'exception pour affronter le terrorisme contemporain. C'est ce que je soutiendrai dans les pages qui suivent. Plus précisément, le type d'institutions que l'on appelle traditionnellement « l'état d'exception » ne constitue pas le cadre approprié pour affronter les nouvelles formes de terrorisme apparues ces dix dernières années, notamment avec les spectaculaires attaques qui ont frappé le World Trade Center le 11 septembre 2001. Pour faire face aux conséquences immédiates d'un attentat terroriste, des mesures d'exception peuvent s'avérer nécessaires. Mais réagir à un attentat terroriste est une chose, combattre le terrorisme en est une autre. Traiter le terrorisme d'aujourd'hui comme une situation d'exception, soutiendrai-je, c'est utiliser le mauvais paradigme.

Le terrorisme d'Al-Qaïda et des djihadistes est à bien des égards hors du commun. Tout d'abord, le terrorisme en général n'entre pas bien dans notre concept de crime. Comme les crimes de droit commun, les attentats terroristes sont des actes de violence commis sur des civils ou des personnes non engagées dans des conflits armés. Contrairement aux crimes ordinaires cependant, les actions terroristes sont conçues pour avoir un impact sur une population beaucoup plus nombreuse, voire un pays tout entier, que les victimes directes de l'action violente. Cet impact amplifié est l'un des traits distinctifs du terrorisme. Il est essentiel à sa dimension politique. Les terroristes cherchent à faire avancer leur cause, et à peser sur la politique des pays visés, en bouleversant brutalement, par l'effet de la terreur, l'existence de personnes bien plus nombreuses que celles qui sont directement frappées. Dans le cas particulier du terrorisme d'aujourd'hui, à ce trait vient s'ajouter un autre élément : il existe une probabilité que les terroristes puissent utiliser des armes non conventionnelles,

capables d'infliger des dommages massifs à une échelle sans précédent. Enfin, on peut soutenir que ce nouveau terrorisme brouille nos distinctions habituelles : il remet en cause les frontières séparant les enquêtes criminelles et celles des services secrets, mais aussi la sûreté intérieure et la sécurité extérieure.

Étant donné ces caractéristiques, il peut sembler naturel de considérer le terrorisme d'aujourd'hui comme une menace exceptionnelle. Or il est déjà arrivé à plusieurs reprises dans l'histoire, depuis l'Antiquité même, que des systèmes constitutionnels se trouvent confrontés à des menaces particulièrement graves, remettant parfois en cause leur existence. Ils ont alors souvent eu recours à des dispositifs institutionnels spécialement conçus pour faire face à de telles menaces. Ces dispositifs sont habituellement nommés « institutions d'exception », ou encore « état d'urgence ». La dictature romaine de l'Antiquité, la loi martiale ou l'état de siège en France en sont quelques exemples. On peut alors se demander si nous devrions avoir recours à ce type d'institutions pour faire face au danger sans doute exceptionnel que constitue le terrorisme d'aujourd'hui.

Pour répondre à cette question, j'examinerai les institutions d'exception les plus notables appartenant à des traditions juridiques différentes, en utilisant à la fois l'histoire et la théorie de ces institutions. Les institutions constitutionnelles d'exception, montrerai-je, ont une structure sous-jacente commune, par-delà la différence des temps et des cultures juridiques. Je nommerai ici cette structure le « paradigme de l'exception ». Je caractériserai le paradigme en identifiant ses composantes et les diverses formes qu'elles prennent en fonction des contextes. Sur cette base, je montrerai que le paradigme de l'exception est structurellement inadapté à la vague présente de terrorisme¹.

I. L'état d'exception : histoire et théories

1.1. La République romaine : la dictature

Aucune institution d'exception n'a fait couler plus d'encre que la dictature romaine. Elle a été considérée comme un modèle par une longue tradition d'écrivains, de Machiavel à Rousseau et plus récemment Clinton Rossiter ou Carl Friedrich². Qui n'a jamais entendu parler de Cincinnatus ? L'histoire raconte que l'appel de ses concitoyens le trouva dans les champs ; il assuma l'autorité absolue du dictateur pendant seize jours, écrasa l'ennemi, puis renonça vertueusement à son pouvoir pour retourner à sa charrue. Cette histoire est probablement une légende, mais le fait même qu'elle soit devenue légendaire atteste l'attrait durable exercé par la dictature romaine. Cet attrait même pose des problèmes, toutefois, car il conduit souvent les admirateurs de la dictature à des interprétations

1. Je n'envisagerai pas ici le recours à des institutions d'exception pour faire face à des crises ponctuelles aiguës comme une attaque terroriste particulière, une catastrophe naturelle ou une crise sanitaire. Mon propos porte sur le recours à ce type d'institutions pour lutter contre le terrorisme dans son ensemble. Mon objet est donc différent de celui de Bruce Ackerman dans son livre *Before the next attack* (Yale University Press, New-Haven, 2006). Pour une troisième perspective, encore différente, sur la question, voir John Ferejohn et Pasquale Pasquino, "The law of the exception: a typology of emergency powers", *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 2, p. 210-239.

2. Voir Machiavel, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Livre I, ch. 34 ; Rousseau, *Du Contrat social*, Livre IV, ch. 6 ; C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, [1948], New-York, Harbinger Books, 1963, p. 15-28 ; C. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, 4^e édition, Waltham, Mss, Toronto et Londres, Blaisdell, 1968, p. 557-560, 580-581.

anachroniques projetant indûment sur l'institution romaine les préoccupations et les cadres de pensée de leur propre époque³.

Se former une idée exacte de la dictature romaine n'est pas tâche facile. On se heurte à deux difficultés de nature différente. Tout d'abord, la plupart de nos sources concernant la dictature datent du deuxième ou du premier siècle avant J.-C., quand elles ne sont pas postérieures, alors que c'est bien plus tôt qu'on a eu recours régulièrement à cette institution. Les annales de Rome indiquent qu'entre 501 et 202 av. J.-C. soixante-seize dictateurs furent nommés⁴. Après cela, la dictature tomba en désuétude pendant cent vingt ans. L'institution fut brièvement ressuscitée par Sylla, puis par César (respectivement en 82 et en 49-44 av. J.-C.), mais sous des formes qui sont généralement considérées comme ayant détruit les institutions républicaines⁵. Ainsi, alors que ce sont les pratiques de la période la plus ancienne qui font figure de modèle, l'essentiel de notre information, dans ses sources mêmes, repose en partie sur des conjectures⁶. Ces incertitudes posent problème, car au cours de la première période, les institutions romaines ont connu des évolutions significatives, notamment la création de tribuns de la plèbe dotés d'un droit de veto sur les décisions des autres magistrats (*intercessio*), et le renforcement progressif du droit d'appel au peuple (*provocatio ad populum*) au cas où des magistrats useraient de coercition contre des citoyens. La *provocatio* en vint à être considérée comme l'un des principaux droits individuels des citoyens romains, leur offrant une garantie contre une exécution ou une flagellation sans procès. Comme la dictature fut en usage avant l'établissement de ces institutions, les ordres des dictateurs n'étaient probablement pas soumis, à l'origine, aux vetos des tribuns ou à la *provocatio*. Un certain nombre de sources affirment que cela continua par la suite et que les ordres des dictateurs n'étaient pas susceptibles d'appel au peuple. Aujourd'hui, pourtant, la plupart des historiens considèrent que l'on a commencé d'user du droit de *provocatio* contre les dictateurs probablement vers 300 av. J.-C., tout au moins à l'intérieur du périmètre de la ville (*domi*). Le fait est, cependant, que nous n'avons pas une idée claire des limites précises de l'autorité des dictateurs à telle ou telle époque.

La deuxième difficulté est d'une autre nature. Elle n'est pas liée à l'état de nos connaissances, mais au caractère de la constitution romaine et de la dictature en particulier. La dictature était essentiellement une institution coutumière. Des lois concernant tel ou tel dictateur ont été votés à l'occasion, mais l'institution était régie principalement par la coutume constitutionnelle. Il n'y eut jamais aucune loi écrite définissant généralement les pouvoirs de cette fonction. En outre, la pratique constitutionnelle à Rome était marquée par des désaccords

3. Une étude récente montre que des anachronismes sont présents chez la plupart des philosophes et théoriciens modernes qui ont évoqué la dictature romaine, Machiavel et Rousseau inclus. Voir F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 43-71.

4. Les 76 cas ne sont pas tous attestés et certains sont considérés comme douteux. Mais il ne fait aucun doute que les Romains eurent régulièrement recours à la dictature au cours de cette période.

5. L'ampleur de la rupture entre les dictatures de la première période et celles de Sylla et César fait l'objet de débats parmi les historiens d'aujourd'hui ; voir en particulier C. Nicolet, « La dictature à Rome », in M. Duverger (éd.), *Dictatures et légitimité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982, p. 69-84 ; C. Nicolet, « Dictateurs romains, *strategoï autokratores*, généraux carthaginois », in F. Hinard (éd.), *Dictatures*, Paris, De Boccard, 1988, p. 27-47. Notons que cette question faisait déjà l'objet de controverses dans l'Antiquité. Denys d'Halicarnasse, à la fin du premier siècle av. J.-C., incluait dans son récit une charge véhémement contre « la dureté et la cruauté de Sylla », ajoutant que la dictature de Sylla avait révélé la vraie nature de l'institution. « Ainsi, écrivait Denys, les Romains comprirent alors ce qu'ils avaient longtemps ignoré, que la dictature est une tyrannie. » (Denys d'Halicarnasse, *Antiquités romaines*, V, 70-77, notamment 77, 4).

6. Voir, parmi d'autres contributions, W. Nippel, "Emergency powers in the Roman republic", in B. Manin, P. Pasquino (éds.), *Le Gouvernement d'exception*, Paris, Cahiers du CREA, 2000.

et des oppositions politiques sur ce que devait être la conduite correcte de chaque organe⁷. C'était notamment vrai de la dictature, qui semble avoir été liée aux luttes entre patriciens et plébéiens. Plusieurs annalistes affirment qu'elle fut utilisée comme un moyen d'inspirer de la crainte à la plèbe⁸. Enfin, on considérait explicitement que la tradition constitutionnelle romaine était flexible, ouverte à des ajustements pragmatiques. Il était considéré comme juste et même souhaitable, si le besoin s'en faisait sentir, de ne pas suivre les précédents⁹. Étant donné le caractère à la fois contentieux et pragmatique de la vie publique romaine, il serait étonnant que la dictature ait été régie par des règles fixes et bien définies. Rechercher de telles règles serait en fait une erreur. En revanche, si nous prenons en compte les caractères généraux de la pratique constitutionnelle romaine, il n'est pas surprenant que nous observions des variations et des exceptions parmi les exemples connus de dictature¹⁰.

Ainsi, il n'est probablement ni possible, ni souhaitable de représenter la dictature romaine comme une magistrature régie par des règles précises. Nous pouvons cependant en identifier les principes fondamentaux¹¹.

Contrairement à la plupart des autres magistratures, la dictature n'était pas collégiale : le dictateur disposait d'un pouvoir non partagé. Toutes les sources mentionnent cette caractéristique ; lorsque les historiens romains évoquent un épisode dans lequel un dictateur donné ne jouissait pas d'un pouvoir sans partage, ils soulignent le caractère sans précédent de cet événement¹². Puisque le dictateur n'avait pas de collègues, ceux-ci ne pouvaient faire obstacle à ses décisions. À Rome, le principe de magistratures collégiales ne

7. Voir A. Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 1-26. Lintott note que « la constitution de la République n'était pas quelque chose de fixe et net, mais elle évoluait selon les besoins des Romains, et de plus d'une façon. Elle était aussi, inévitablement, marquée par des controverses : il y avait fréquemment au moins deux positions possibles sur chacune des grandes questions ». Lintott ajoute que « la constitution ne se dressait pas au-dessus de la politique comme un code de loi : elle était ce que les Romains trouvaient juste et ce qu'ils faisaient », pp. 7, 26.

8. Voir Tite-Live, II, 18 ; II, 29-30 ; Denys d'Halicarnasse, *Antiquités romaines*, V, 70, 1-5. Cependant, inspirer de la peur (*metus*) n'impliquait pas forcément d'user de coercition. En fait, on ne connaît presque aucun cas de dictateur ayant eu recours à la violence pour réduire une sédition populaire. Ils semblent davantage avoir agi en médiateurs, combinant sans doute l'intimidation et la persuasion pour apaiser les conflits internes. Si Denys insiste sur le fait que la dictature avait été conçue à l'origine comme un instrument favorable aux patriciens, il note aussi que jusqu'à Sylla cette charge fut exercée avec modération et vertu. Il est surprenant que Machiavel, si attentif à l'importance des conflits de classes dans la Rome républicaine, n'ait pas relevé ce caractère de classe dans la dictature. Rousseau n'en fait pas non plus mention. En revanche il n'a pas échappé à l'attention de Montesquieu (voir *L'Esprit des lois*, Livre II, ch. 2).

9. Sur ce point voir A. Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, *op. cit.*, p. 4-7.

10. Par exemple, nous trouvons dans les annales des cas de dictateurs conservant leur charge plus longtemps que les six mois traditionnels, voir Tite-Live, VI, 1 ; XI, 22. Nous trouvons aussi des cas de dictateurs désignés par un vote populaire (voir ci-dessous). Dans un autre cas, la volonté du dictateur n'a pas prévalu sur l'opposition des tribuns (dans une dispute entre le dictateur et son subalterne, le maître de cavalerie [*magister equitum*]), voir Tite-Live, VIII, 30-35.

11. F. Saint-Bonnet montre qu'un cadre conceptuel comme l'état d'exception décrit mal la réalité de la dictature romaine (voir F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, *op. cit.*, pp. 43-71). Sa démonstration est convaincante, mais elle ne prouve pas que l'institution n'ait pas été régie par des principes particuliers et identifiables. Il n'y a pas lieu d'attendre des règles bien définies et admises par l'ensemble des acteurs. Mais, du coup, l'absence de telles règles n'implique pas que la dictature n'ait été pas une charge spéciale, différant sensiblement des autres. On pourrait dire, pour donner une image, que la définition de la dictature comportait un noyau de principes relativement clairs et stables, entouré d'un halo d'imprécision épistémique et de variations effectives.

12. Voir Polybe, *Histoires*, III, 103 ; Tite-Live, II, 25-27, notamment 27. La plupart des querelles de compétence semblent être survenues entre le dictateur et son subordonné, le maître de la cavalerie. Sur ce point, voir A. Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, *op. cit.* p. 112.

signifiait pas que les collègues devaient se consulter mutuellement et agir de concert. Il impliquait plutôt qu'ils pussent revenir sur des décisions l'un de l'autre ou les bloquer. Quant aux consuls, qui étaient deux, il était fréquent qu'ils occupassent alternativement la position de commandement. Rien de cela ne s'appliquait au dictateur, qui pouvait ainsi trancher rapidement et de manière définitive les questions à régler. L'invention de la dictature semble due au besoin d'un commandement unifié dans les temps de crise militaire. Jusqu'où allaient exactement les pouvoirs du dictateur, c'était déjà à l'époque une question controversée. Les disputes sur ce sujet n'ont pas été réglées par des règles claires et fixes, mais par une casuistique dont les résultats variaient quelque peu d'un cas à l'autre¹³. L'étendue des pouvoirs du dictateur a aussi varié progressivement au cours du temps avec le renforcement du droit de *provocatio*. Cependant, un élément fondamental semble avoir été stable et non contesté : le pouvoir du dictateur était plus grand que celui des autres magistrats parce qu'il détenait une autorité sans partage ou concentrée. Cette concentration, écrit Cicéron, rendait le dictateur presque semblable à un roi¹⁴.

Mais précisément, il n'était pas roi, parce que cette autorité indivise ne lui était conférée que pour un temps limité. C'était la deuxième caractéristique clé de la dictature, celle qui la rendait conforme aux principes républicains. Avec la collégialité, l'idée d'une charge limitée dans le temps était considérée comme un élément essentiel des magistratures républicaines, qui les distinguait du pouvoir monarchique¹⁵. Mommsen a caractérisé plus tard la dictature comme une « résurrection temporaire de la royauté »¹⁶. Selon de nombreuses sources ce caractère temporaire prenait la forme d'un mandat de six mois¹⁷. Néanmoins, la règle n'était pas absolue ; elle souffrait des exceptions¹⁸. Le principe fondamental semble plutôt avoir été l'idée d'un mandat de court terme. Le dictateur était nommé pour une tâche spécifiée, qu'il était censé mener à bien dans un temps limité¹⁹. Le fait que la tâche assignée au dictateur soit toujours mentionnée dans les annales montre l'importance de cette caractéristique. Si la dictature avait été conçue à l'origine pour gérer des crises militaires ou des dissensions internes, son usage s'étendit peu à peu aux circonstances dans lesquelles un magistrat jouissant du pouvoir suprême (*imperium*) était nécessaire quand les consuls n'étaient pas disponibles (comme l'exécution de rites religieux en cas d'épidémie, ou la convocation des assemblées électorales). Dans le contexte de crises militaires la limite des six mois pourrait être issue de considérations pragmatiques (comme la longueur des campagnes militaires aux débuts de la République), mais on pouvait aussi y voir un symbole du caractère républicain d'une charge qui était par ailleurs similaire à la royauté. Esquissant ce que pourrait être une constitution républicaine idéale, Cicéron caractérisait ainsi la dictature : « Quand se présentent une guerre d'importance ou des dissensions entre les citoyens, qu'un

13. Voir A. Lintott, *The Constitution of the Roman republic*, op. cit., p. 112.

14. Voir Cicéron, *De Republica*, II, 32, 56. Voir aussi J.-L. Ferrary, « Cicéron et la dictature », F. Hinard (éd.), *Dictatures*, op. cit., p. 97-105.

15. Évoquant la toute première année de la République, juste après l'expulsion de Tarquin le Superbe, Tite-Live écrit : « Mais si on peut dater de cette époque le commencement de la liberté, c'est plutôt parce que l'autorité des consuls était limitée à un an, que parce qu'elle était moindre que celle dont avaient joui les rois. Les premiers consuls conservèrent les droits et les insignes de la royauté. Cependant, une précaution fut prise : que la terreur qu'ils inspiraient ne soit pas redoublée par l'autorisation de porter tous les deux les faisceaux (*fascēs*) ». (Tite-Live, II, 1, 7-8).

16. T. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Zweiter Band, 1. Teil, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1952, p. 168.

17. Voir par exemple Cicéron, *Des lois*, III, 3, 3, 9 ; Tite-Live, III, 29 ; XXIII, 22 ; Denys d'Halicarnasse, *Antiquités romaines*, V, 77.

18. Pour des cas de dictateurs conservant leur charge plus de six mois, voir ci-dessus.

19. Voir A. Lintott, *The Constitution of the Roman republic*, op. cit., p. 110.

homme détienne, si le sénat le juge bon, un pouvoir égal à celui des deux consuls pour une durée ne dépassant pas six mois »²⁰. Dans les phrases précédentes, Cicéron précisait que les deux consuls devraient se voir conférer un « pouvoir royal » (*regium imperium*). La formulation et la structure de ce passage semblent conçues pour suggérer que la limite de six mois a pour but d'équilibrer presque mathématiquement la concentration du pouvoir royal entre les mains d'un seul magistrat. Si le dictateur se voit conférer une autorité deux fois plus grande que celle de chaque consul, se rapprochant ainsi dangereusement d'un monarque, il est maintenu dans les limites républicaines en ne conservant ce pouvoir que pendant un temps représentant précisément la moitié du mandat d'un consul.

Une troisième caractéristique de la dictature était qu'elle était conférée par d'autres instances. Là encore, des variations pouvaient intervenir. D'ordinaire le Sénat mandatait les consuls pour nommer un dictateur. Dans certains cas, quoique rarement, un vote populaire était organisé.²¹ Mais en tout cas les dictateurs ne se nommaient pas eux-mêmes. Aucun magistrat n'était autorisé à s'arroger les pouvoirs du dictateur en arguant que de son point de vue, les circonstances le justifiaient. Cette décision était nécessairement le fait de quelqu'un d'autre. Et si un dirigeant populaire s'était proclamé dictateur, cela aurait été perçu comme une tentative de rétablir la royauté et aurait suscité une formidable opposition. Le fait que même Sylla et César aient pris la peine de se faire nommer dictateurs montre la force de cette règle coutumière²².

Enfin la dictature était utilisée régulièrement, et pas seulement occasionnellement. On trouve d'autres exemples de villes de l'Antiquité nommant de temps à autres des magistrats spéciaux à qui étaient confiés les pleins pouvoirs pour une durée limitée²³. Mais à Rome cette pratique fut répétée à maintes reprises sur une période de plusieurs siècles, permettant ainsi le développement de coutumes constitutionnelles qui la réglementaient.

Les formulations de Cicéron expriment de façon frappante les principes républicains romains : en temps de crise, le pouvoir peut être concentré dans les mains d'un seul, à condition qu'une autre instance en ait décidé, et que l'étendue de ce pouvoir soit équilibrée par la brièveté du mandat.

20. Cicéron, *Des lois*, III, 3, 9.

21. Pour un cas incertain d'élection par le peuple, voir Tite-Live, XXI, 31. Pour un cas plus explicite, voir Tite-Live, XXVII, 5.

22 Sylla fut nommé dictateur par un *interrex*, les deux consuls étant morts. Cependant, alors que, soutenu par son armée, il employait massivement la violence, il avait préalablement envoyé une lettre indiquant qu'il était prêt à assumer les fonctions de dictateur. Voir F. Hinard, « De la dictature à la tyrannie. Réflexions sur la dictature de Sylla », in F. Hinard (éd.), *Dictatures, op. cit.*, p. 87-96. Quant à César, les formes légales de ses mandats successifs de dictateur sont moins connues. Lui aussi, cependant, agit avec le soutien de son armée, et il réussit à se faire nommer dictateur, et non pas seulement à s'emparer de la charge. Voir C. Nicolet, « La dictature à Rome », in M. Duverger (éd.), *Dictatures et légitimité, op. cit.*, p. 78-81

23. Voir C. Nicolet, « Dictateurs romains, *strategoï autokratores*, généraux carthaginois », in F. Hinard (éd.), *Dictatures, op. cit.*, p. 39-41. Les auteurs grecs nommaient le plus souvent ces magistrats « *strategoï autokratores* » (littéralement « généraux dotés des pleins pouvoirs »). Les Athéniens usèrent de cette pratique au cours de l'expédition de Sicile en 415. « *Strategos autokrator* » est la formule employée par Polybe quand il évoque la nomination d'un dictateur après la bataille de Trasimène en 217. Dans son récit le terme n'est même pas translittéré. Voir Polybe, *Histoires*, III, 86, 6.

1.2. La tradition libérale anglo-américaine : suspension de l'*Habeas corpus* et loi martiale

Changeant de contexte, examinons à présent une autre institution, les lois suspendant l'*Habeas corpus* que le Parlement britannique vota pendant et après la Révolution de 1689²⁴. Montesquieu fut sans doute le premier théoricien à noter l'importance de ces lois. En se fondant sur celles dont il avait connaissance au début du XVIIIe siècle, il a compris qu'elles faisaient désormais partie de la tradition constitutionnelle anglaise, et il a donc évoqué cette pratique avec son célèbre chapitre sur « La constitution d'Angleterre », dans *L'Esprit des lois*. Dans un passage curieusement formulé, Montesquieu note que si le Parlement anglais considère que « quelque conjuration secrète » menace l'État, il peut permettre à la « puissance exécutive », « pour un temps court et limité », « de faire arrêter les citoyens suspects ». Approuvant manifestement cette pratique, Montesquieu termine ce passage avec la phrase suivante : les citoyens ainsi détenus, écrit-il, « ne perdraient leur liberté pour un temps que pour la conserver pour toujours »²⁵.

Cependant, c'est l'autorité la plus reconnue de la période en matière de doctrine juridique, William Blackstone, qui prouve de manière conclusive qu'au XVIIIe siècle la suspension de l'*Habeas corpus* était devenue une institution d'exception reconnue dans la loi constitutionnelle anglaise. Dans son analyse de l'*Habeas corpus*, Blackstone souligne avec force combien il est essentiel à la liberté nul ne puisse être détenu sans procès. Il est encore plus important, ajoute-t-il, d'interdire les emprisonnements secrets. Mais il continue ainsi :

Et pourtant, parfois, quand l'État est en grand danger, une telle mesure peut s'avérer nécessaire. Mais la vertu de notre constitution est qu'elle n'autorise pas le pouvoir exécutif à déterminer si le danger encouru par l'État est tel, qu'il puisse justifier cette mesure. Il revient au seul Parlement, ou pouvoir législatif, quand il le juge approprié, d'autoriser la Couronne, en suspendant l'*Habeas corpus* pour un temps court et limité, à emprisonner des personnes suspectes sans en donner la raison. Tout comme le sénat de Rome était autorisé à avoir recours à un dictateur, un magistrat à l'autorité absolue, quand il estimait que la République courrait un danger imminent [...]. De la même manière, cette pratique ne peut être employée qu'en cas d'extrême urgence ; et en faisant cela la nation renonce un temps à sa liberté, pour la conserver à jamais.²⁶

Le fait que la fin de ce passage reprenne mot à mot la formule de Montesquieu fait penser que Blackstone partage le jugement de l'auteur de *L'Esprit des lois*. Ce passage montre aussi que la principale autorité juridique anglaise du XVIIIe siècle a explicitement

24. La première loi suspendant l'*Habeas Corpus* (1 William & Mary, c. 2) fut votée en mars 1689, peu après le choix de William et Mary comme héritiers de la Couronne. C'était une mesure prise pour éviter le retour de Jacques. Cette première loi constitua un précédent pour d'autres suspensions, notamment pendant les guerres contre la France révolutionnaire et impériale. De telles lois furent votées une douzaine de fois au cours du XVIIIe siècle (il existe une incertitude sur leur nombre exact). Voir C. C. Crawford, "The Suspension of the Habeas Corpus Act and the Revolution of 1689", *The English Historical Review*, vol. 30, No. 120 (Oct. 1915), p. 613-630 ; C. Emsley, "Repression, 'terror' and the rule of law in England during the decade of the French Revolution", *The English Historical Review*, vol. 100, No. 397 (Oct. 1985), p. 801-825.

25. Voici le texte de ce passage de Montesquieu : « Mais, si la puissance législative se croyait en danger par quelque conjuration secrète contre l'État, ou quelque intelligence avec les ennemis du dehors, elle pourrait, pour un temps court et limité, permettre à la puissance exécutive de faire arrêter les citoyens suspects, qui ne perdraient leur liberté pour un temps que pour la conserver pour toujours ». Montesquieu, *L'Esprit des lois*, [1748], Livre XI, ch. 6.

26. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, [1765-1769], Chicago, University of Chicago Press, 1977, vol. I, ch. 1, p. 132.

conceptualisé la suspension de l'*Habeas corpus* comme une institution d'exception comparable à la dictature romaine. On croit parfois que la Constitution anglaise ne comporte pas d'institution d'exception. Ce passage des *Commentaries on the Laws of England* montre que tel n'est pas le cas.

De manière plus remarquable encore, Blackstone voit dans la suspension de l'*Habeas corpus* une structure formelle similaire à la nomination des dictateurs romains : ce n'est pas de sa propre autorité que la Couronne peut décider de détenir des suspects sans procès, mais parce qu'elle en a reçu l'autorisation d'un autre corps constitutionnel, le pouvoir législatif. Blackstone fait l'éloge de cette structure parce qu'il y voit la garantie que le régime d'exception ne sera pas mis en œuvre arbitrairement pour satisfaire les vœux de la Couronne, mais seulement pour de bonnes raisons, et avec le consentement du peuple. L'ancienne tradition républicaine ne soulignait pas ces aspects, tout au moins pas de la même manière. Il reste que la structure formelle des pouvoirs d'exception louée par les anciens républicains pouvait, dans un contexte institutionnel différent, être mise au service des valeurs libérales modernes.

On peut faire la même remarque à propos du caractère temporaire de ces institutions d'exception. Pour Blackstone comme pour Montesquieu, le pouvoir de détenir un suspect sans procès n'est pas contraire à la liberté parce que ce pouvoir est temporaire. Le fait que l'*Habeas corpus* ne soit suspendu que pour un moment est essentiel à leur jugement favorable sur cette pratique. Sans doute Cicéron insistait-il lui aussi sur le fait que le dictateur ne se voyait conférer son autorité que pour un temps bref et déterminé ; mais il s'agissait surtout pour l'auteur romain de souligner la différence entre la dictature et la royauté. Chez Blackstone et Montesquieu les préoccupations sont différentes. L'un et l'autre sont des libéraux, davantage soucieux de liberté individuelle (certains parleraient ici de « liberté négative »), que des formes de gouvernement. Pourtant, de même que Cicéron, cherchant à montrer la compatibilité de la dictature avec un gouvernement républicain, soulignait l'importance d'une limitation de la durée du mandat, Blackstone et Montesquieu insistent sur la limitation temporelle pour montrer que la suspension de l'*Habeas corpus* n'est pas incompatible avec la liberté individuelle. Mieux encore, en raisonnant en termes de temporalité et en affirmant qu'il peut être justifié d'abandonner un temps la liberté pour mieux la conserver dans l'avenir, ils fondent leur argument sur un principe cardinal du libéralisme politique : la liberté ne peut être limitée qu'en vue de la liberté elle-même, et non pas en vue d'un bien commun quelconque, le bien-être économique par exemple. Renoncer un temps à la liberté pour la conserver à jamais : nous n'avons pas simplement, ici, une formule brillante. Elle montre aussi que le principe de pouvoirs d'exception temporaires peut être défendu au nom des valeurs libérales modernes, tout comme on avait pu le défendre autrefois, dans un contexte différent, au nom de valeurs républicaines.

Plus d'un siècle après Blackstone, une autre autorité juridique anglaise de premier rang, Dicey, a souligné l'importance de la limite temporelle (qui était en général d'un an) dans les lois de suspension de l'*Habeas corpus* votées par le Parlement britannique.²⁷ L'argument de Dicey est cependant plus complexe que celui de Blackstone et il met en valeur un autre mérite de cette limite temporelle.

27. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e édition, [1915], Indianapolis, Liberty Classics, 1982, ch. V, p.140-141.

Si l'on parle communément des « lois de suspension de l'*Habeas corpus* » (*Habeas Corpus Suspension Acts*), cette expression est inappropriée, explique Dicey. En réalité, ces lois ne faisaient que « rendre impossible de demander sa libération ou son procès à une personne emprisonnée par mandat d'un Secrétaire d'État sur une accusation ou un soupçon de haute trahison »²⁸. Elles n'autorisaient pas l'arrestation ou la détention sous d'autres chefs que des actes relevant de la haute trahison : il n'était donc pas question d'une suspension générale de l'*Habeas corpus*. Ces lois de suspension n'autorisaient pas non plus, continue Dicey, la détention d'« un homme parfaitement innocent, sans aucune autre raison (par exemple) que la croyance, lors d'une crise, que la sécurité publique exigeait de maintenir en détention telle ou telle personne – disons, un dirigeant politique comme Wilkes, Fox ou O'Connell – pour la priver d'influence »²⁹. Certes, dans le cas où les responsables publics ne se conformaient pas à ces restrictions légales, on ne pouvait rien entreprendre à leur encontre puisque l'*Habeas corpus* était suspendu et que tous les emprisonnements étaient vraisemblablement justifiés par des accusations ou des soupçons de trahison. Mais, insiste Dicey, aussitôt que l'*Habeas corpus* était rétabli, les responsables publics qui avaient commis des abus injustifiés lors de sa suspension devaient en répondre devant la Justice. Ils étaient responsables à la fois au civil et au pénal³⁰. La suspension ne faisait que rendre impossibles *sur le moment* les poursuites contre les responsables publics. Dicey précise même que parmi les abus dont on pouvait demander justice, il y avait les accusations de trahison sans motif raisonnable, puisque la loi n'autorisait que la détention de personnes « raisonnablement soupçonnées » de trahison³¹. Le Parlement votait généralement une « loi d'immunité » (*indemnity act*) destinée à protéger les responsables publics d'inculpations pour les agissements illégaux dont ils auraient pu se rendre coupables au cours de la suspension de l'*Habeas corpus*. Mais Dicey souligne les limites de ces lois. La protection que les autorités publiques pouvaient en attendre était seulement « possible et incertaine »³². De plus, fait-il observer, des lois d'immunité n'étaient pas toujours votées : si l'opinion publique soupçonnait les autorités d'avoir grossièrement abusé de leurs pouvoirs, il pouvait devenir politiquement difficile pour le Parlement de voter une telle loi. Dans son analyse d'une loi d'immunité votée en 1801, Dicey souligne, en outre, que ses termes excluent les cruautés gratuites infligées aux prisonniers. Cela suggère que si le Parlement acceptait ordinairement de couvrir certains

28. A.V. Dicey, *ibid.* p. 140.

29. A.V. Dicey, *ibid.*, p. 143.

30. « La loi de suspension, écrit Dicey, ne confère aucune impunité civile ou pénale à une personne qui aurait violé la loi » (*ibid.* p. 142). « Les responsables publics, précise-t-il, peuvent avoir arrêté une personne en toute bonne foi, considérant que cette action était justifiée par les exigences du maintien de l'ordre. Mais ceci ne suffit pas, que l'*Habeas corpus* soit suspendu ou pas, à exonérer ceux qui ont procédé à ces arrestations de leurs responsabilités pour les torts qu'ils ont fait subir à ces personnes. » (*ibid.*, p. 143).

31. Dicey insiste sur l'exigence de « bases raisonnables » pour les soupçons de trahison, en relevant le contraste entre la suspension de l'*Habeas Corpus* et une loi particulière qui autorisait l'exécutif irlandais à emprisonner sur simple suspicion. Celle-ci était rédigée de telle façon, note-t-il, que « la réalité des 'soupçons raisonnables' justifiant l'arrestation d'une personne pouvait être établie par simple référence au mandat autorisant la détention. Si ce mandat faisait état de « bases raisonnables » pour faire arrêter un suspect, cela constituait, à soi seul, une preuve suffisante que l'arrestation avait été faite sur la base d'un soupçon raisonnable. Ainsi, pour que l'exécutif irlandais ne puisse être poursuivi pour avoir fait procéder à des arrestations « sans fondement ou malveillantes », il lui suffisait de faire rédiger des mandats « mentionnant les allégations exigées par la loi » (*ibid.* p. 141). En d'autres termes, dans la loi sur l'Irlande aucun motif *objectivement* raisonnable de soupçon n'était requis. Cela n'était pas le cas, insiste Dicey, pour les lois de suspension de l'*Habeas Corpus* qui requéraient donc, pour leur part, des motifs de soupçon objectivement raisonnables.

32. A.V. Dicey, *ibid.*, p. 144-145.

agissements illégaux perpétrés pendant une crise, il pouvait ne pas aller jusqu'à ratifier des transgressions particulièrement outrageuses³³.

Dicey accorde donc une importance fondamentale au caractère temporaire de la suspension de l'*Habeas corpus*. Au terme de cette suspension, les personnes détenues sur de simples soupçons se voyaient restaurées dans leurs droits : elles recouvraient leur droit à être soit libérées soit soumises à un procès régulier, retrouvant ainsi une liberté qu'elles n'avaient perdue que provisoirement. Dicey ne considère pas, comme le faisait Blackstone, que la perte de la liberté se justifiait par sa brièveté, mais il voit un autre mérite à son caractère temporaire : à la fin de la suspension il était possible de faire rendre des comptes aux autorités publiques pour ce qu'elles avaient fait pendant la suspension. Cette idée doit ici être comprise au sens large : il s'agissait d'une responsabilité légale à la fois au civil et au pénal, limitée ou tempérée par la responsabilité politique³⁴. On a ici une perspective bien différente et dont les implications sont considérables. Certes, Dicey n'approuve pas aussi nettement que Blackstone l'usage de suspendre l'*Habeas corpus*. Sa vision est beaucoup plus circonspecte que celle du juriste whig du XVIIIe siècle. Néanmoins, en insistant sur les limitations auxquelles était soumise cette institution et en soulignant ses différences avec une suspension complète des garanties constitutionnelles, Dicey voulait montrer que la suspension de l'*Habeas corpus* n'était pas contradictoire avec l'État de droit, au moins jusqu'à un certain point. Dicey comme Blackstone considéraient donc le caractère temporaire de la suspension comme essentiel, mais l'un et l'autre approuvaient ce caractère pour des raisons différentes.

Pour Dicey, sa qualité principale était de rendre possible le principe d'une responsabilité rétrospective pour les actes commis pendant la période d'exception. Notons que cet argument supposait une perspective particulière. En mettant en avant le fait que les responsables publics reconnus coupables d'emprisonnements illégaux couraient le risque d'être condamnés civilement et pénalement, à moins qu'ils ne bénéficient d'un acte d'immunité, et en insistant sur le caractère *futur* et incertain de cette protection potentielle, l'argument de Dicey portait au premier plan les effets bénéfiques de l'anticipation, par les agents, de leur responsabilité rétrospective. L'idée sous-jacente était la suivante. Sachant qu'ils pourraient plus tard avoir à répondre de leur conduite, les agents publics seraient incités à la modération pendant la suspension. Dicey envisageait ainsi la responsabilité du point de vue des incitations.

L'existence d'une responsabilité civile, en plus de la responsabilité pénale, pour les actes accomplis pendant la suspension avait une conséquence notable. Au terme du régime d'exception, des responsables publics pouvaient être poursuivis en justice pour « enfermement abusif » (*false imprisonment*), ce qui autorisait une action au civil. Dès lors, si les tribunaux jugeaient que les plaignants avaient été arrêtés et détenus arbitrairement au cours de la suspension, ceux-ci avaient droit à des dédommagements.

Il y a un élément encore plus important dans la théorie de Dicey. Si la suspension s'achevait avec les circonstances critiques qui l'avaient provoquée, comme on peut supposer

33. A.V. Dicey, *ibid.*, p. 145.

34. Dicey ne présente aucune objection aux renouvellements des actes de suspension pendant une période significative. La loi d'immunité qu'il a analysée couvre une période de sept ans, de 1794 à 1801. En fait, au cours de cette période l'*Habeas corpus* n'a pas été suspendu constamment, mais il l'a été plusieurs fois, avec des suspensions renouvelées. Voir C. Emsley, "Repression, 'terror' and the rule of law in England during the decade of the French Revolution", *art. cit.* p. 825.

que c'était le cas, alors les contrôles *ex post*, exercés par les tribunaux et dans une moindre mesure par le Parlement, avaient lieu quand la crise était passée. Dès lors, ce qui se justifiait et ne se justifiait pas au cours de la crise, selon toute vraisemblance un moment de passions et de désordre, était en dernière analyse déterminé dans des circonstances plus calmes, permettant la considération raisonnée des mesures d'exception qui avaient été prises.

Un mécanisme similaire était à l'œuvre dans la loi martiale, une autre institution d'exception analysée par Dicey. Toutefois, une clarification s'impose ici. En fait Dicey distingue deux sens dans l'expression « loi martiale ». Si la loi martiale, écrit-il, signifie le droit de « repousser la force par la force en cas d'invasion, d'insurrection, d'émeute, ou plus généralement de résistance violente à la loi », alors elle fait partie du droit anglais et elle s'intègre dans l'État de droit. Mais si l'expression désigne « la suspension temporaire des lois ordinaires et le gouvernement du pays ou d'une partie de ce pays par des tribunaux militaires », alors la chose est étrangère non seulement au droit anglais, mais aux principes mêmes de l'État de droit lui. Dicey considère l'état de siège français comme l'illustration la plus nette du deuxième sens, citant diverses dispositions de la loi française sur l'état de siège pour appuyer ses vues³⁵.

Aux yeux de Dicey, la loi martiale telle qu'elle existe dans le droit anglais signifie « le pouvoir, le droit ou le devoir » du gouvernement ou de tout citoyen loyal de « maintenir l'ordre public, ou en termes techniques la paix du Roi, quel que soit le coût à payer en sang et en biens, pourvu que cela soit strictement nécessaire à la réalisation de cet objectif »³⁶. Déterminer si les moyens employés étaient strictement nécessaires, et si les conditions nécessitant l'usage de la force étaient vraiment remplies, Dicey insiste sur ce point, est l'affaire des tribunaux³⁷. À propos des moyens employés, il écrit ceci :

On devrait toujours garder à l'esprit que la question de déterminer si la force employée était nécessaire ou excessive, surtout quand elle a occasionné la mort, appartiendra en fin de compte à un juge et à un jury, et que l'opinion d'un juge et d'un jury, siégeant dans le calme et la sécurité après qu'on a mis fin à l'émeute, peut différer fortement de celle d'un général ou d'un magistrat entourés par des émeutiers armés...³⁸

Sur les conditions pouvant justifier l'usage de force, Dicey affirme que c'est « une question de fait qui doit être tranchée par les tribunaux, comme n'importe quelle autre question de fait »³⁹. Il faut relever l'importance de cet argument. Contrairement à certains théoriciens des pouvoirs d'exception qui l'ont précédé et qui lui ont succédé (Carl Schmitt notamment), Dicey estime que l'existence ou non de la paix publique à un moment donné est une question de fait, et non pas une question politique ; elle peut être tranchée en utilisant la même procédure et le même examen des preuves que ceux dont usent généralement les tribunaux pour décider des questions de fait. Naturellement ce travail ne peut être mené pendant que la loi martiale est en vigueur, puisque le simple fait qu'elle le soit implique que les tribunaux ne fonctionnent plus. C'est là en effet une condition-clé pour proclamer la loi

35. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 182-183.

36. A.V. Dicey, *ibid.*, p. 186, 398 (Appendice X).

37. S'inspirant de Dicey et d'autres théoriciens, mais aussi de la jurisprudence, Rossiter défend lui aussi ce rôle des tribunaux dans le cadre de la loi martiale. Voir C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, *op. cit.* p. 143.

38. A.V. Dicey, *Introduction...*, *op. cit.*, ch. VIII, p. 185.

39. A.V. Dicey, *Id.*, Appendice X, p. 404.

martiale⁴⁰. Mais dès que les tribunaux peuvent à nouveau siéger, une fois la paix restaurée, ils peuvent déterminer si la loi martiale a été convenablement mise en œuvre. Ceux qui se verraient convaincus de l'avoir utilisée arbitrairement ou dans des conditions impropres seraient alors sanctionnés, à moins qu'une loi n'ait été votée pour les protéger⁴¹.

Dans une certaine mesure l'usage de loi martiale pendant la Guerre de Sécession illustre l'une des thèses de Dicey. Le 24 septembre 1862, Lincoln publia une proclamation plaçant le territoire entier de l'Union, les États du front mais aussi ceux de l'arrière, sous la loi martiale⁴². En vertu de cette proclamation des tribunaux militaires furent établis et commencèrent à fonctionner dans diverses parties du pays, y compris les États du Nord qui étaient restés loyaux. En 1866, après la fin de la guerre, la Cour suprême jugea, dans le célèbre arrêt *Ex Parte Milligan*, que les tribunaux militaires hors du « théâtre des opérations militaires actives » étaient inconstitutionnels. La Cour précisait les conditions de l'usage légal de la loi martiale. « La loi martiale ne peut pas résulter d'une *menace* d'invasion. La nécessité doit être réelle et présente ; l'invasion doit être avérée, amenant la fermeture effective des tribunaux et empêchant l'action de l'administration civile »⁴³. La Cour soulignait aussi la différence entre les circonstances dans lesquelles elle venait de délibérer et la situation pendant la guerre. L'arrêt dit précisément ceci :

Pendant la déplorable rébellion récente, l'humeur des temps n'a pas permis ce calme dans la délibération et la discussion qui sont si nécessaires à la conclusion correcte d'une question purement juridique. *Alors*, les considérations de sécurité étaient mêlées avec l'exercice du pouvoir ; des sentiments et des intérêts prévalaient, qui sont aujourd'hui heureusement éteints. *Maintenant* que la sécurité publique est assurée, cette question, de même que d'autres, peut être discutée et décidée sans passion et sans l'intervention d'aucun élément non nécessaire à la formation un jugement de droit.⁴⁴

Ainsi que l'avait montré Dicey, la délibération réfléchie sur ce qui était vraiment nécessaire pendant les circonstances exceptionnelles n'avait été rendue possible que par la disparition de ces circonstances. En pratique, cependant, l'anticipation d'éventuelles

40. Voir A.V. Dicey, *Introduction... op. cit.*, appendice X, p. 404 ; C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship, op. cit.* p. 147.

41. Voir A.V. Dicey, *Introduction... op. cit.*, appendice X, p. 406-407

42. "Proclamation Suspending the Writ of Habeas Corpus", 24 septembre 1862, in A. Lincoln, *Speeches and Writings*, 2 vols., New York, The Library of America, 1989, vol. II, p. 371. Le titre officiel de cette proclamation suggérait que Lincoln tenait comme une seule et même chose deux institutions en droit différentes, la suspension de l'*Habeas corpus* et la loi martiale. Aucun précédent, ni aucune interprétation antérieure n'incluait le pouvoir d'établir des tribunaux militaires dans la suspension de l'*Habeas corpus*. Sur les aspects constitutionnels de cette question, voir J. G. Randall, *Constitutional Problems under Lincoln*, [1926], Gloucester, Smith, 1963, ch. 8 ; C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship, op. cit.*, p. 235-236. Pour une étude des tribunaux militaires pendant la Guerre de Sécession, voir M. Neely, *The Fate of Liberty, Abraham Lincoln and civil liberties*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

43. *Ex Parte Milligan*, 4 Wall. 2 (1866), 127. Souligné dans le texte original.

44. *Ex Parte Milligan*, 4 Wall. 2 (1866), 109. Souligné dans le texte original. Ces effets rhétoriques de soulignement sur la différence entre les époques est peut-être pour la Cour un moyen de se justifier. Deux ans auparavant, alors que la guerre faisait rage, la Cour suprême s'était déclarée incompétente pour juger la constitutionnalité d'une décision d'une commission militaire siégeant dans l'Ohio (loin du théâtre des opérations militaires), qui avait condamné Clement Vallandigham à l'emprisonnement. Voir *Ex parte Vallandigham*, 1 Wall. 243 (1864). Sur le procès Vallandigham, voir W. H. Rehnquist, *All the Laws but One. Civil liberties in wartime*, New-York, Vintage Books, 1998, ch. 5 ; G. R. Stone, *Perilous Times. Free speech in wartime*, New York, Norton, 2004, p. 94-108.

condamnations pour avoir abusé de la loi martiale ne semble pas avoir joué un grand rôle pendant la Guerre de Sécession. Il n'y eut d'ailleurs pas de telles condamnations.

L'usage de loi martiale pendant la Guerre de Sécession n'a donc pas été conforme à la théorie de Dicey. Cela n'ôte pas leur importance aux réflexions de Dicey. Sa théorie n'avait pas été conçue comme une analyse du fonctionnement effectif de la loi martiale chaque fois qu'elle est mise en œuvre, elle avait pour objet de montrer comment l'institution pourrait et devrait être utilisée. Plus généralement, quelle que soit l'exactitude historique des vues de Dicey sur la suspension de l'*Habeas corpus* et la loi martiale, sa théorie est importante pour une autre raison. Elle propose sans doute la méthode la plus complète et la plus élaborée jamais avancée pour contrôler les pouvoirs d'exception⁴⁵. La théorie de Dicey s'appuyait sur les contrôles *ex post* exercés par les tribunaux et, dans une moindre mesure, par le Parlement pour faire en sorte que le régime d'exception entre en vigueur dans les circonstances qui l'exigeaient vraiment, et qu'il soit utilisé correctement. La méthode proposée par Dicey allait donc plus loin que la théorie de Blackstone sur la suspension de l'*Habeas corpus* : Blackstone insistait sur les garanties nécessaires pour que la suspension soit décidée pour de bonnes raisons, mais il n'avait pas grand-chose à proposer sur l'usage correct de l'autorisation de détenir des personnes sans procès une fois ce pouvoir accordé⁴⁶. Alors que la méthode de Blackstone s'appuyait principalement sur un mécanisme *ex ante*, Dicey a réussi à élargir le domaine protégé contre l'arbitraire en déplaçant la pièce centrale du dispositif de l'avant à l'après. Pour les deux auteurs les déviations par rapport à la norme sont validées par une instance externe. Chez Blackstone, cependant, cette validation prend la forme d'une assez large autorisation préalable accordée par le Parlement, alors que chez Dicey elle prend la forme d'un contrôle détaillé par les tribunaux après les faits, couplé avec une possible immunité accordée par le parlement. Même si Dicey et Blackstone sont également attachés aux valeurs libérales, leurs méthodes pour limiter l'arbitraire dans l'exercice des pouvoirs d'exception diffèrent aussi bien dans leur portée que dans leur structure institutionnelle. Mais dans les deux théories, le caractère temporaire de l'autorité conférée est d'une importance fondamentale.

Les différences entre les raisons qui font juger essentiel ce caractère temporaire des institutions d'exception sont encore plus nettes si l'on considère les motivations des agents dans le modèle de Dicey. À ses yeux la crainte d'être puni et l'anticipation des conséquences doivent inciter les responsables publics à agir de façon justifiable. Le caractère provisoire du régime d'exception présente l'avantage de permettre à ces motivations d'entrer en jeu, puisque le temps de la reddition de comptes est situé dans un avenir prévisible. Ce n'était pas là le mérite que Blackstone et Montesquieu trouvaient au caractère temporaire de la suspension de l'*Habeas corpus*. Les considérations sur les incitations et sur l'obligation de rendre des comptes étaient encore plus étrangères aux mérites que les anciens républicains romains trouvaient au caractère temporaire de la dictature. Le modèle de Dicey, fondé sur une pensée des incitations, était en phase avec la culture de son temps. Mais il est remarquable que, par-delà la diversité des contextes et des cultures, le caractère temporaire du pouvoir d'exception ait été dans tous les cas considéré comme un élément essentiel.

45. Sur l'importance de l'œuvre de Dicey pour une théorie des pouvoirs d'exception, voir D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

46. Blackstone notait que pendant les suspensions de l'*Habeas corpus* certaines personnes emprisonnées sur des simples soupçons avaient subi une longue détention parce qu'on les avait simplement oubliées. Mais il ne proposait pas de solution à ce problème. Voir W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, op. cit.*, Vol. III, ch. 8, p. 138.

1.3. La tradition continentale : les républicains français et l'expérience de l'état de siège

Le principe selon lequel le pouvoir d'exception doit être limité dans le temps compte également dans une troisième tradition juridique, celle du républicanisme moderne français. On le voit clairement dans les conceptions et les pratiques de l'état de siège.

Alors que la loi martiale est généralement considérée comme le modèle de l'institution d'exception dans la tradition de *common law*, l'état de siège occupe une position similaire dans les pays de droit romain : il a servi de modèle à de nombreux pays en Europe et en Amérique latine. L'institution française reflète l'attachement à deux principes, celui du primat de la loi et celui de la suprématie parlementaire. Aux yeux des juristes français, les gouvernements constitutionnels sont inévitablement confrontés à des périls graves exigeant parfois une certaine limitation de la liberté, mais il est possible de réglementer l'exercice du pouvoir en temps de crise par des lois soigneusement pensées, conçues et débattues par les élus du peuple dans des périodes paisibles. La législation française réglementant l'état de siège a été conforme à ce modèle. Cette législation par anticipation, les auteurs français insistent sur ce point, s'accorde mieux avec le principe d'un pouvoir non arbitraire que des lois de crise, votées au coup par coup (« les lois de circonstances »), adoptées à la hâte sous la pression des événements.⁴⁷ L'état de siège comporte ainsi des éléments caractéristiques de la tradition républicaine française dans laquelle il a été conçu. Le principe d'une limite temporelle est cependant tout aussi important dans cette tradition qu'il pouvait l'être dans la tradition libérale anglaise. De plus, quoi qu'ait prétendu Dicey, l'état de siège français était conçu selon un principe auquel il adhérait lui aussi : on parvient mieux à limiter l'arbitraire sous un régime d'exception en l'absence des passions agitées par une crise en cours. Les Français ont choisi la réglementation en amont, plutôt que la responsabilité en aval, et ils ont placé la détermination des mesures d'exception raisonnables entre les mains des députés, plutôt qu'entre celles des juges.

Une autre raison justifie de considérer l'état de siège avec une attention particulière : cette institution a été, en quelque sorte, essayée et testée. L'état de siège a été utilisé à plusieurs reprises au XIX^e siècle en France ; les lois qui le réglementaient ont été modifiées au fil du temps. En outre, l'état de siège fut l'un des principaux instruments législatifs employés pour gouverner la France au cours de la Première Guerre mondiale. Du fait de cette expérience historique, l'état de siège français apporte des enseignements sur la manière de limiter en pratique la durée des pouvoirs d'exception.

Avant de passer à ces leçons, une brève présentation de l'état de siège s'impose, ne serait-ce que parce que le nom de cette institution peut être trompeur. Malgré son nom, l'état de siège n'était pas conçu pour l'administration de lieux physiquement assiégés par des agresseurs. C'était une institution politique conçue pour les situations de grave danger pour la sécurité nationale. Les juristes français l'ont appelé « état de siège politique », le distinguant

47. Tous les auteurs français ayant écrit sur l'état de siège s'accordent à louer le principe consistant à réglementer par avance l'exercice du pouvoir en temps de crise. Voir par exemple, T. Reinach, *De l'état de siège*, Paris, François Pichon, 1885, p. 272-275 ; P. Romain, *L'état de siège politique*, Albi, Librairie des Orphelins-Apprentis, 1918, p. 16-19, 482-483. La plupart de ces écrits déplorent que la réglementation de l'état de siège ne soit pas inscrite dans la Constitution, mais ils approuvent qu'elle résulte du travail d'une assemblée élue.

ainsi de « l'état de siège proprement dit », qui existait aussi dans la loi française mais était réservé aux lieux assiégés. Deux lois, l'une votée en 1849 et l'autre en 1878, ont réglementé l'état de siège politique⁴⁸. Celle de 1878 modifia certaines dispositions de la précédente loi organique, tout en en conservant d'autres⁴⁹. Pour l'essentiel, les effets de l'état de siège continuèrent à être régis par la législation de 1849, tandis que les conditions de sa mise en œuvre furent modifiées par la loi de 1878. Aucune de ces lois ne faisait partie de la Constitution de 1875. Même si cela avait été le cas, elles ne se seraient pas imposées au Parlement, car les institutions de la Troisième République ne comportaient pas de contrôle de constitutionnalité. Mais les lois sur l'état de siège n'étaient pas pour autant sans conséquences. Elles s'imposaient avant tout à l'exécutif, la responsabilité parlementaire jouant comme un mécanisme de sanction en cas de violation. Elles furent aussi considérées comme importantes par les juristes et les hommes politiques⁵⁰.

Les principaux effets de la proclamation de l'état de siège étaient les suivants. En premier lieu, la charge de faire respecter la loi et de maintenir l'ordre public passait des mains des autorités civiles, maires ou préfets, à celles des autorités militaires locales. Cependant les autorités civiles locales conservaient leurs autres fonctions. En second lieu, les autorités militaires se voyaient conférer des pouvoirs dérogeant à certains droits spécifiés ; la liste de ces droits était limitative ; la loi prévoyait explicitement que les citoyens continuaient à jouir de leurs autres droits⁵¹. Un troisième effet de l'état de siège était d'autoriser des tribunaux militaires à juger de tous les crimes et atteintes contre la sûreté de la République, contre la Constitution, la sécurité publique et l'ordre public⁵². Pendant la Première Guerre mondiale un système de censure préventive fut ajouté aux règles de l'état de siège : une loi punissant « les indiscretions de la presse en temps de guerre » fut votée en août 1914. Les tribunaux militaires étaient chargés de l'appliquer, en vertu de l'état de siège. Un bureau central de la presse fut établi pour contrôler *ex ante* les informations militaires et diplomatiques publiées par la presse⁵³.

L'état de siège ne revenait cependant pas à un gouvernement militaire. En premier lieu, l'état-major restait sous le contrôle du gouvernement, c'est-à-dire des autorités civiles. Ensuite, le gouvernement et le Président du Conseil étaient toujours responsables devant le Parlement. D'une façon générale ces deux conditions furent remplies pendant toute la durée de la Première Guerre mondiale, à l'exception des six premiers mois⁵⁴. Après avoir déclaré l'état de siège le 5 août 1914, le Parlement ajourna ses travaux. Mais il se réunit à nouveau en

48. Loi du 9 août 1849, *Le Moniteur*, 12 août 1849. Loi du 4 avril 1878, *Journal officiel*, 4 avril 1878.

49. La loi de 1849 fut votée dans le cadre de l'article 106 de la Constitution de 1848 qui prévoyait qu'une loi future réglementerait l'usage de l'état de siège.

50. Au début de la Première Guerre mondiale, un éminent juriste français, Joseph Barthélemy, avança une hypothèse plausible sur le fait que ces règles n'étaient pas sans importance, même si elles ne contraignaient pas les Parlementaires. Les lois réglementant l'état de siège, faisait-il valoir, offraient des règles de conduite toutes prêtes et des points de repère utiles pour des législateurs désorientés par la crise et agissant dans la panique. Voir J. Barthélemy, « Le droit public en temps de guerre », *Revue de Droit Public*, 1915, p. 144.

51. L'armée pouvait 1/ perquisitionner les maisons de jour comme de nuit ; 2/ déporter des détenus libérés et les personnes ne résidant pas dans la zone placée en état de siège ; 3/ rechercher des armes et des munitions et les saisir ; 4/ interdire les publications et les rassemblements qu'elle jugeait de nature à porter atteinte à l'ordre public. Voir la loi du 9 août 1849, art. 9-11.

52. Loi du 9 août 1849, art. 8.

53. P. Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre*, Paris & New-Haven, Publications de la Dotation Carnegie pour la paix internationale, 1926, p. 38-49.

54. Sur les relations entre le gouvernement et l'État major militaire pendant la Première Guerre mondiale, voir P. Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre*, *op. cit.*, p. 76-85.

janvier 1915 et fut en session permanente jusqu'en 1919, près d'un an après la fin des hostilités. Au cours de ces années, sept Cabinets furent formés et on vit se succéder cinq Présidents du Conseil. Un seul Cabinet tomba sur un vote de défiance. Mais les autres démissionnèrent parce qu'ils sentaient qu'ils n'avaient plus le soutien du Parlement. Il n'y avait là rien de très différent des pratiques d'avant-guerre.⁵⁵ Le Conseil d'État et la Cour de Cassation ne jouèrent pratiquement aucun rôle dans le contrôle des mesures prises par le gouvernement. En revanche le Parlement déterminait à qui revenait la direction du pays et la conduite de la guerre. Il exerçait aussi son pouvoir de contrôle de la politique gouvernementale, en siégeant de temps en temps à huis clos (« les comités secrets ») et en s'appuyant la plupart du temps sur le travail des commissions parlementaires. L'influence parlementaire s'étendit à la mise en œuvre de l'état de siège et aux mesures de guerre⁵⁶. Ayant réussi à surmonter la résistance initiale du Haut État-Major, les commissions parlementaires obtinrent l'accès aux champs de bataille, qu'elles visitèrent assez fréquemment et où elles menèrent des enquêtes.

Pour revenir à la question de la durée, les éléments les plus significatifs figurent dans la loi de 1878 qui a donné à l'institution sa forme définitive. Déclarer l'état de siège était une prérogative du Parlement. Ce point figurait déjà le cas dans la loi de 1849, mais la réaffirmation de ce droit exclusif du Parlement en 1878 paraissait nécessaire car les lois constitutionnelles de 1875 avaient établi une nouvelle configuration institutionnelle, différente de celle de 1848. Un des objectifs-clés de la loi de 1878 était assurément d'ajuster les règles de déclaration de l'état de siège au nouvel ordre institutionnel. Si l'assemblée républicaine de 1878 a choisi de renforcer les prérogatives parlementaires dans la déclaration de l'état de siège, c'était aussi en réponse au coup d'état avorté du Président de la République, le maréchal Mac-Mahon, en 1877. Après la dissolution de l'assemblée au mois de mai 1877, les cercles monarchistes avaient parlé de déclarer l'état de siège et d'organiser des élections dans ce cadre. Il reste que le principe d'une déclaration de l'état de siège par le Parlement n'était pas un changement par rapport à 1849. En outre, il était conforme à la tradition républicaine française de la suprématie parlementaire.

Ce qui changeait avec la loi de 1878, cependant, c'étaient les conditions pour déclarer l'état de siège et les règles qui déterminaient sa durée. La nouvelle loi prévoyait que l'état de siège « ne pouvait être déclaré qu'en cas de danger imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée » (art. 1, 1). La loi de 1849 disposait, quant à elle, que l'état de siège pouvait être déclaré : « en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure »⁵⁷. La commission qui avait préparé le projet de 1878 nota : « Nous avons pensé que ces termes étaient trop vagues, et qu'il était nécessaire de prémunir le droit

⁵⁵ Voir P. Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre*, op. cit. p. 96, 152-155.

⁵⁶ La juridiction dévolue aux tribunaux militaires fut restreinte d'une façon significative en 1916, sur l'insistance du Parlement ; sur ce point, voir P. Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre*, op. cit., p. 31-38. Sur le rôle du Parlement en général, voir P. Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre*, op. cit., p. 96-128 ; C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, op. cit., p. 91-116.

⁵⁷ Cette formulation avait déjà fait l'objet de discussions en 1849. Le gouvernement souhaitait que l'état de siège puisse être déclaré « en cas de guerre ou d'insurrection ». La commission parlementaire chargée d'examiner le projet gouvernemental avait précisé que la déclaration de l'état de siège ne pourrait intervenir que s'il y avait « des signes non équivoques annonçant les préparatifs du combat » (Rapport de M. Alex Fourtanier au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi sur l'état de siège, *Le Moniteur*, 11 août 1849). Mais l'assemblée ne put s'accorder sur le terme « insurrection ». Certains députés le trouvaient trop vague, tandis que d'autres voulaient qu'on puisse déclarer l'état de siège non seulement si une insurrection était en cours, mais si elle se préparait. Voir sur ce point P. Romain, *L'état de siège politique*, op. cit., p. 130-132.

ordinaire contre *les impulsions ou même les erreurs* du pouvoir législatif »⁵⁸. Un second changement, encore plus significatif, eut lieu en 1878 : la nouvelle législation introduisit des limites temporelles. Alors que la loi de 1849 ne mentionnait pas la durée de l'état de siège, celle de 1878 prévoyait que la loi déclarant l'état de siège « fixe le temps de sa durée » (art. 1, 3), ajoutant la clause suivante : « À l'expiration de cette période, l'état de siège cessera de plein droit sauf si une nouvelle loi en prolonge les effets » (art. 1, 4)⁵⁹. Cette disposition fut considérée comme une nouveauté significative et des objections s'élevèrent. Les membres du Sénat, en particulier, firent valoir qu'il était impossible de prévoir la durée d'une situation d'exception⁶⁰. Mais ces objections ne furent pas retenues.

Le rapport de la commission parlementaire contient une indication sur ce que signifiait concrètement la nouvelle législation. Le comité remarquait qu'à l'expiration de la période spécifiée par la loi de déclaration, l'état de siège serait automatiquement levé « à moins que les circonstances qui l'ont déclenché existent toujours, auquel cas une nouvelle loi prolongerait ses effets »⁶¹. L'inclusion d'une limite temporelle ne supposait pas que la durée des crises puisse être prévue à leur début. La nouvelle loi ne supposait pas non plus que les crises seraient nécessairement brèves. Mais elle rendait obligatoire une évaluation de la situation, selon un rythme spécifié. Le parlement devrait vérifier, à intervalles réguliers fixés dès le départ, si les circonstances ayant justifié l'état de siège existaient toujours.

En fait le choix d'une formulation plus précise (« danger imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée »), comme celui de limiter l'état de siège dans le temps étaient une réaction à l'usage extensif et prolongé de cette institution qui avait suivi la guerre franco-prussienne de 1870 et l'insurrection de la Commune de Paris. Après l'effondrement du régime impérial, le gouvernement provisoire avait employé l'état de siège pour lutter contre l'invasion et réduire l'insurrection. Mais les gouvernements successifs, avec le soutien de majorités parlementaires, l'avaient ensuite maintenu en vigueur dans certaines régions jusqu'en 1876, principalement dans le but de contrôler la presse⁶². Pour citer Dufaure, l'un des principaux artisans du travail législatif de 1878, l'expérience de 1871-1876 avait démontré que « l'état de siège était beaucoup plus facile à déclarer qu'à lever »⁶³. Cette maxime résumait, semble-t-il, une des leçons que les Français avaient retirées de leur expérience historique. Il y avait une dissymétrie entre l'initiation et la conclusion du régime d'exception. La levée automatique de l'état de siège à la fin d'une période fixée (à moins

58. Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Bardoux, sur l'état de siège, par M. Franck Chauveau, *Journal officiel de la République Française*, 16 février 1878, p. 1627. C'est moi qui souligne. Cette formulation montre que la loi avait pour but de prévenir un éventuel abus de l'état de siège par le Parlement. Réserver le pouvoir de déclarer l'état de siège au parlement n'était pas considéré comme une garantie suffisante à elle seule.

59. L'article 1 de la loi de 1878 prévoyait aussi que la loi déclarant l'état de siège devrait déterminer les « communes, arrondissements, départements » où il devait s'appliquer (art.1, cl. 3). Des restrictions spatiales formulées dans les mêmes termes étaient déjà présentes dans la loi de 1849 (art. 2, cl. 2). Sur ce plan la loi de 1878 ne changeait rien.

60. Voir T. Reinach, *De l'état de siège*, Paris, François Pichon, 1885, p. 129.

61. Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Bardoux, sur l'état de siège, par M. Franck Chauveau, *Journal officiel de la République Française*, 16 février 1878, p. 1627.

62. On rapportait que Thiers avait exprimé publiquement qu'il considérait l'état de siège comme un bon instrument de gouvernement. Une phrase lui était attribuée, que l'on citait souvent. Il aurait dit : « La République sera pour longtemps la liberté tempérée par l'état de siège. » Il est possible que cette phrase soit apocryphe. Elle fut rapportée pour la première fois par le comte de Douhet dans un discours au Sénat (le 14 mars 1878), *Journal officiel de la République Française*, 15 mars 1878. p. 2887.

63. Les mots de Dufaure sont rapportés dans T. Reinach, *De l'état de siège*, *op. cit.*, p. 129.

qu'une nouvelle loi ne le prolonge) était une réponse à cette dissymétrie. Il faut noter que le caractère annuel des lois anglaises suspendant l'*Habeas corpus*, associé avec de possibles renouvellements, aboutissait à un résultat similaire : le Parlement devait vérifier chaque année si les circonstances justifiant la suspension existaient toujours. Cependant, les difficultés particulières à mettre fin au régime d'exception n'inquiétaient pas autant les Britanniques que les Français. Pour ces derniers, il était certes important que l'état de siège ne soit déclaré que pour de bonnes raisons, mais des précautions supplémentaires devaient être prises pour garantir qu'il soit levé quand disparaissaient les raisons qui l'avaient justifié.

Ainsi, l'inquiétude majeure en 1878 était de garantir que l'état de siège ne durerait pas plus longtemps que les circonstances qui l'avaient initialement justifié. De quelle façon précisément, peut-on se demander, la nouvelle législation cherchait-elle à atteindre cet objectif ? Les membres de l'assemblée ne se sont pas beaucoup exprimés sur ce point. Mais on peut dire qu'en optant pour une nouvelle définition des conditions de déclenchement, les législateurs de 1878 rendaient en fait l'évaluation des circonstances moins complexe et sujette à controverse que sous la législation précédente. Car il était de fait moins problématique de déterminer si une insurrection armée (ou une guerre étrangère) avait pris fin que si une menace imminente sur la sûreté intérieure (ou extérieure) avait cessé. Le changement n'était pas seulement une plus grande précision ; il introduisait aussi une dimension concrète. Une guerre étrangère ou une insurrection armée ont quelque chose d'observable qu'on ne trouve pas dans les « menaces imminentes ». Ainsi, il était raisonnable de penser qu'il serait plus facile avec la nouvelle loi de déterminer si les conditions ayant justifié l'état de siège étaient toujours remplies. Notons que cela n'impliquait pas pour autant que la fin d'une insurrection armée (ou une guerre étrangère) soit un fait évident et incontestable. Mais même si l'on ne pouvait éviter les débats et les controverses sur la fin avérée ou non des conditions de l'état de siège, la précision de la nouvelle définition et l'introduction d'éléments observables faisaient une différence. Car il était vrai que la discussion aurait un objet plus précis, et qu'il serait plus facile de répondre aux arguments pour ou contre, si le sujet était la fin d'une insurrection armée (ou d'une guerre étrangère) que si le débat avait porté sur la fin d'une menace sur la sûreté intérieure ou extérieure. Enfin, on pouvait aussi considérer qu'au dehors de l'enceinte du Parlement, l'opinion publique discernerait bien plus facilement la fin des conditions concrètes que celle d'une situation plus abstraite. Si les protagonistes du débat parlementaire n'ont pas précisément invoqué ces derniers arguments, ils avaient objectivement de bonnes raisons pour faire les choix qui furent les leurs.

La déclaration de l'état de siège au début de la Première Guerre mondiale ne fut pas conforme aux règles établies en 1878. Le 2 août 1914, le Parlement était en vacances et c'est le président Poincaré qui publia un décret plaçant le pays entier en état de siège. Il rappela immédiatement le Parlement. Le 4 août, le gouvernement français reçut la déclaration de guerre allemande. Le 5 août, le Parlement vota une loi confirmant l'établissement de l'état de siège sur le territoire entier « pour la durée de la guerre ». Cette référence à la durée de la guerre, plutôt que la fixation d'une durée précise, ainsi que la mise en vigueur sur l'ensemble du territoire national s'écartaient sans aucun doute de l'esprit et de la lettre de la loi de 1878. De plus, l'existence d'un péril véritablement « imminent » pouvait être contestée⁶⁴. En

64. J. Barthélemy a dressé la liste des écarts entre la déclaration d'août 1914 et les dispositions préexistantes réglant l'état de siège, ainsi que la « doctrine officielle » à son sujet. Cette doctrine, poursuivait-il, est « absolument sans importance ; (...) le gouvernement, soutenu par une opinion publique presque unanime, considère qu'il a le pouvoir extraordinaire de prendre toutes les mesures appropriées ». Voir J. Barthélemy, « Le droit public en temps de guerre », *Revue de Droit Public*, 1915, *passim*, notamment p. 156.

revanche, il y avait une perception claire, au Parlement comme dans l'opinion, qu'une ligne avait été franchie et que le pays tout entier était en guerre. C'est là, et non dans la loi, que se trouva le facteur décisif dans la déclaration de l'état de siège.

À l'autre extrémité, l'état de siège ne fut levé que le 12 octobre 1919, alors que l'armistice datait du 11 novembre 1918 et que le Traité de Versailles avait été signé le 28 juin 1919. L'état de siège ne fut donc pas levé à la cessation des hostilités. Clemenceau souhaitait, semble-t-il, conserver un certain contrôle sur la presse afin d'avoir les coudées franches pendant la durée des négociations de paix. Comme on l'a noté plus haut, l'institution de la censure était associée à l'état de siège. Clemenceau avait donc besoin de maintenir l'état de siège. Quant au Parlement, il était confronté à une alternative : retirer sa confiance au Président du Conseil ou lui permettre de conduire les négociations comme il l'entendait. La pression montait, assurément, pour la levée de l'état de siège⁶⁵. Mais il est remarquable qu'il ait fallu deux événements aussi dépourvus d'ambiguïté et cognitivement saillants que la signature d'un armistice et la conclusion d'un traité de paix pour engendrer une pression suffisante en faveur de la levée de l'état de siège. Il faut ajouter, en outre, qu'à la fin de 1919, les élections parlementaires ne pouvaient être plus longtemps différées dès lors que la guerre était manifestement terminée. Elles furent prévues pour décembre 1919. Il semblait inconcevable de mener une campagne électorale et d'organiser des élections en état de siège.

Ainsi, la déclaration et la levée de l'état de siège lors de la Première Guerre mondiale virent à la fois l'échec de l'effort des législateurs de 1878 et la confirmation de certaines de leurs intuitions. La guerre donna une confirmation éclatante à l'idée que l'état de siège était plus facile à déclarer qu'à lever. D'autre part, l'assemblée de 1878 n'avait pas réussi à produire une réglementation contraignante, ni sur la déclaration, ni sur la fin, de l'état de siège. La guerre suggérait que les lignes de séparation marquant clairement, dans les faits, le début et la fin de la crise effective, avaient plus d'influence sur le déclenchement et la fin du régime d'exception que les dispositions légales. Ce fut là, semble-t-il, la deuxième leçon de l'expérience française de l'état de siège.

II. Le paradigme de l'exception

Nous sommes maintenant en mesure de caractériser le paradigme de l'exception. *Les institutions d'exception autorisent à s'écarter temporairement de certaines normes constitutionnelles lorsque les circonstances l'exigent.* Il est frappant de constater que les trois éléments formant cette structure se retrouvent dans la théorie et la pratique des institutions d'exception, par delà les différences de contexte :

- (1) autorisation de s'écarter de normes supérieures, telles que celles souvent contenues dans la Constitution
- (2) soumission à des conditions spéciales visant à assurer que les circonstances exigent (1)
- (3) limitation temporelle de (1)

Si ces éléments sont présents dans tous les contextes, ils prennent une importance et une forme différente selon les cas. Mais la persistance de cette structure à travers les

65. P. Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre*, op. cit., p. 48-49. Sur le rôle de la presse durant les négociations de paix, voir P. Miquel, *La paix de Versailles et l'opinion publique française*, Paris, Flammarion, 1972. La levée de l'état de siège à la fin de la guerre ne semble pas à ce jour avoir fait l'objet de recherches importantes. Je tiens à remercier ici le professeur Gilles Le Béguec, auteur de *La république des avocats*, Paris, Armand Colin, 2003, pour ses précieuses informations et réflexions sur ce sujet.

cultures et les époques suggère que nous sommes ici en présence d'un cadre normatif puissant et attractif dans les situations de menace grave. La simplicité de cette structure, combinée avec le fait qu'elle puisse se justifier par des raisons ou des valeurs différentes contribue à expliquer sa robustesse. Appelons ce dispositif à trois composantes le paradigme de l'exception.

Le tableau ci-dessous récapitule de façon schématique les formes prises par ces trois éléments dans les institutions étudiées dans la première partie de cet article.

Notons tout d'abord que ces institutions d'exception sont des caractéristiques de systèmes politiques dans lesquels les pouvoirs publics voient leur action limitée par des règles connues et fixées, qu'elles soient écrites ou coutumières. Dans les systèmes où les pouvoirs publics ne sont pas limités par de telles règles, des institutions d'exception sont sans objet. Supposons un système politique dans lequel ceux qui gouvernent sont chargés de poursuivre le bien commun de n'importe quelle manière qu'ils estiment appropriée. Les circonstances ne font alors aucune différence : les gouvernants peuvent conduire les affaires publiques selon le même principe dans une situation d'exception comme dans toutes les autres situations. Tous les systèmes où l'exercice du pouvoir est soumis à des règles n'ont pas d'institutions

	Dictature	Suspension de l' <i>Habeas corpus</i>	Loi martiale	État de siège
Écarts autorisés				
<i>Procéduraux</i>	Magistrat unique		Tribunaux militaires	L'armée en charge de l'ordre public ; tribunaux militaires
<i>Substantiels</i>	Le dictateur n'est pas sujet à la <i>provocatio</i> (?)	Détention sans jugement	Usage de la force pour restaurer l'ordre	Suspension de droits spécifiés
Conditions spéciales				
<i>Procédurales</i>	Nomination par un autre corps	Autorisation <i>ex ante</i> par le Parlement ; contrôle <i>ex post</i> par les tribunaux et le Parlement	Contrôle <i>ex post</i> par les tribunaux	
<i>Substantielles</i>			Fermeture des tribunaux	Conditions définies dans une législation préalable
Limitations temporelles	Mandat court, en général de six mois au maximum	Un an, renouvelable	Aussi longtemps que les tribunaux sont fermés	Levée régulière à intervalles fixés ; renouvelable aussi longtemps que les conditions sont remplies

d'exception, mais de telles institutions ne se rencontrent que dans les systèmes où l'exercice du pouvoir est réglé.

Dans ces systèmes, les institutions d'exception autorisent pour une durée limitée des déviations par rapport à l'ordre normatif dont elles font partie, à condition que les circonstances le justifient. Le paradigme de l'exception revêt ainsi une forme particulière : il est à la fois permissif (1) et restrictif (2 et 3). D'une part, les institutions d'exception permettent de s'écarter de l'ordre normatif considéré. Cet écart peut concerner la procédure, et porter sur la méthode institutionnelle par laquelle les décisions publiques sont prises pendant la crise, ou la substance, et porter sur le contenu des mesures d'exception. Le premier cas est illustré par l'ancienne pratique romaine de confier le pouvoir suprême à un seul individu. L'autorisation de faire infraction aux droits individuels dans la France républicaine moderne illustre le second cas.

Simultanément, cependant, les institutions d'exception limitent les écarts par rapport aux normes. C'est la raison pour laquelle ces institutions s'accordent avec le système normatif dont elles font partie : elles limitent, alors même qu'elles les autorisent, les actions publiques et des modes d'action publique considérés comme spécialement indésirables dans ce système. Si les institutions d'exception sont conformes à la Constitution, ce n'est pas simplement parce qu'elles sont inscrites dans son texte. Ni simplement parce qu'elles soumettent le pouvoir d'exception à des règles plutôt de le laisser à la discrétion des gouvernants. Elles s'accordent avec les valeurs essentielles de chaque système constitutionnel, parce qu'elles limitent les actions entrant en conflit avec ces valeurs essentielles.

Les institutions d'exception limitent les écarts par rapport aux normes de deux façons, d'une part en bornant le temps pendant lequel ces écarts sont autorisés, et d'autre part en exigeant une confirmation spéciale que les circonstances justifient ces écarts. Cette confirmation spéciale peut prendre deux formes. Le recours au pouvoir d'exception peut exiger l'approbation par un corps politique autre que celui qui exercera ce pouvoir, ce qui garantit que la nécessité éventuelle de s'écarter des normes n'est pas laissée au seul jugement des agents chargés de faire face à la situation d'exception. L'autorisation parlementaire des décisions exécutives de détention, dans la tradition anglaise, illustre la modalité procédurale de cette confirmation. Une autre façon de requérir une confirmation spéciale, concernant cette fois-ci la substance, consiste à prévoir de façon précise dans la loi les conditions concrètes qui doivent se présenter pour autoriser un écart par rapport aux normes. C'est ce que fait la législation française de l'état de siège. Ces deux modalités peuvent aussi être combinées, comme on le voit dans les règles de la loi martiale.

L'autre restriction caractéristique des institutions d'exception est qu'elles n'autorisent de s'écarter des normes que pour un temps limité. Les limites temporelles peuvent être de deux types. Soit elles définissent la durée du régime d'exception en termes absolus, indépendamment des circonstances : pour l'essentiel, cela semble avoir été le cas avec la dictature romaine. Soit les limitations temporelles prévoient que le régime d'urgence ne durera que tant que les circonstances l'exigeront. C'est ce qui se passe dans les trois autres institutions étudiées, avec une variation en fonction du caractère obligatoire ou non d'une évaluation périodique de la situation. Les règles de la suspension de l'*Habeas corpus* et de l'état de siège prévoient cette évaluation périodique, alors le règlement de la loi martiale ne le fait pas.

Ces limites temporelles ont des implications importantes. Du point de vue du système normatif dans lequel s'inscrit chacune des institutions d'exception, le point crucial est que l'écart par rapport aux normes soit, en définitive, *effectivement* temporaire. Pour les divers théoriciens étudiés plus haut, la cessation effective du régime d'exception après un temps bref était une condition fondamentale de sa légitimité (ou de son acceptabilité du point de vue normatif). Pour les républicains anciens, la brièveté formait une protection contre les dangers inhérents au pouvoir solitaire. Les libéraux du XVIII^e siècle jugeaient que la perte temporaire de la liberté était un coût acceptable de sa préservation durable. Dicey estimait que l'État de droit était préservé parce qu'une fois la crise passée, les gouvernants devaient répondre de leurs actes pendant la crise et les victimes d'abus être dédommagées. Le point notable est que tous ces arguments supposaient que le régime exceptionnel prît fin, de fait, après un temps limité.

Ces arguments ne présentent pas qu'un intérêt historique. On ne voit pas comment justifier aujourd'hui les pouvoirs d'exception, du point de vue du constitutionalisme et de l'État de droit, sans s'appuyer de quelque façon sur l'un ou l'autre d'entre eux, ou sur des considérations apparentées. À tout le moins, on ne tiendrait pas un régime d'exception pour justifié, si aucun de ces arguments ne pouvait valablement s'y appliquer. Or aucun d'entre eux ne serait valable pour un état d'urgence restant en vigueur pendant un temps long ou indéfini.

Mais des dispositions légales sont impuissantes à déterminer la durée effective des périls. Si la loi définit la durée des pouvoirs d'exception indépendamment des circonstances, l'institution est inutile face à des dangers de longue durée. La dictature n'aurait pu permettre aux Romains de faire face à des crises prolongées. Si, en revanche, la loi permet au régime d'exception de durer aussi longtemps que persiste le péril, ce problème disparaît, mais un autre surgit. Il faut déterminer quand exactement le danger extraordinaire a disparu. Ce n'est pas chose aisée. Même si l'on fait abstraction des controverses auxquelles cette détermination donnerait inévitablement lieu, il reste que tous les périls majeurs ne présentent pas dans la réalité une fin abrupte et nette. Certains s'estompent graduellement, de manière insensible. Or, sur ce point aussi, les dispositions légales sont impuissantes. Quelque soin que l'on mette à rédiger la loi, celle-ci ne peut influencer sur le caractère abrupt ou insensible de la fin effective de la crise.

Ainsi, pour des raisons tant normatives que factuelles, les institutions d'exception *présupposent*, en dernière analyse, que les circonstances exigeant de s'écarter des normes soient effectivement temporaires. Si ces circonstances ne disparaissent pas au terme d'une durée limitée, une condition fondamentale justifiant l'usage de telles institutions manque. D'autre part, comme le suggère l'expérience française, ces institutions ne sont efficaces que si des lignes de démarcation nettes permettent de discerner le commencement et la fin des circonstances exceptionnelles. Ni l'une, ni l'autre de ces conditions ne semble susceptible d'être remplie par le terrorisme actuel.

III. Affronter le terrorisme : une situation durable

Il y a en effet plusieurs raisons de douter que la menace terroriste actuelle soit temporaire. Les spécialistes du contre-terrorisme soulignent, depuis un certain temps déjà, que cette menace durera sans doute longtemps. Une étude publiée peu après les attentats du 11 Septembre exprimait ce point de façon frappante : « Le terrorisme n'est pas une menace

temporaire. Nous ne pouvons pas espérer en finir avec un phénomène qui peut être provoqué par n'importe quel petit groupe dans un monde de sept milliards d'hommes »⁶⁶. Divers travaux destinés à informer les décisions publiques sont, depuis lors, parvenus au même diagnostic⁶⁷. Cependant, les implications de ce diagnostic pour les institutions d'exception n'ont guère retenu l'attention. Des travaux influents continuent à conceptualiser la menace terroriste actuelle comme une situation exceptionnelle⁶⁸.

Trois raisons principales semblent pourtant indiquer que la menace terroriste est vouée à durer. La première est suggérée par l'histoire. Les actes terroristes, semble-t-il, ont tendance à arriver par vagues, frappant plusieurs pays pendant la même période. L'auteur qui a le premier avancé cette thèse, David Rapoport, caractérise ainsi la notion de vague : « C'est une succession d'actions se produisant dans une période donnée et se répétant par intervalles (*a cycle of activity*). Cette succession connaît des phases d'expansion et de contraction. Une de ses caractéristiques cruciales est sa dimension internationale : des activités similaires sont menées dans plusieurs pays, animées par une énergie dominante commune qui détermine les caractères et les relations mutuelles des groupes impliqués ». ⁶⁹ On peut discerner quatre vagues ou cycles de terrorisme depuis la fin du XIXe siècle : la vague « anarchiste », née en Russie dans les années 1880 et s'achevant avec la Première Guerre mondiale, la vague « anticoloniale », née dans les années vingt et d'une durée d'environ quarante ans ; la vague de l'extrême gauche radicale dans les années 1960 et 1970, illustrée par la Fraction armée rouge en Allemagne ou les Brigades rouges en Italie, et enfin une vague « religieuse » commençant vers 1979 et qui dure encore aujourd'hui. La thèse n'est pas que chacune de ces vagues a commencé et fini à des dates précises. En outre, certaines des organisations ayant eu recours au terrorisme, comme l'Armée républicaine irlandaise, ont survécu à la vague qui les avait vu naître. L'idée est plutôt que les activités terroristes obéissent à un rythme spécifique et reconnaissable, fait de phases récurrentes, depuis la fin du dix-neuvième siècle. La notion de vague doit être comprise par contraste avec celle d'organisation. Dans les trois premiers cycles, l'activité terroriste a duré plus longtemps que les différentes organisations qui opéraient à chaque fois. Dans chaque cas, des organisations se formaient, puis disparaissaient, mais l'activité terroriste continuait car de nouvelles organisations, partageant la même inspiration, apparaissaient. La vague s'achevait quand son thème dominant cessait d'inspirer de nouvelles organisations.

La notion de terrorisme est notoirement difficile à définir. On peut cependant discerner un noyau commun aux différentes définitions analytiques du terrorisme. Ce noyau

66. Philip B. Heymann, *Terrorism, Freedom and Security. Winning without War*, The M.I.T. Press, Cambridge, 2003, p. XII. Dans un travail plus récent, l'auteur a proposé des « règles qui devraient encadrer la réponse au terrorisme du système juridique américain dans les décennies à venir ». Voir Philip B. Heymann, Juliette N. Kayyem, *Protecting liberty in an age of terror*, The M.I.T. Press, Cambridge, 2005, p. 2.

67. Voir par exemple S. Simon, D. Benjamin, "America and the New Terrorism", *Survival*, The International Institute for Strategic Studies, vol. 42, 1, Spring 2000, p. 59-75 ; Audrey K. Cronin, James L. Ludes, (éds.), *Attacking Terrorism. Elements of a grand strategy*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 2004, *passim*, notamment le ch. 6 ; Lindsay Clutterbuck, "Law enforcement"; D. Omand, "Countering international terrorism: the use of strategy", *Survival*, vol. 47, 4, Winter 2005-2006, pp. 107-116 ; La *France face au terrorisme, Livre blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, Paris, La Documentation Française, 2006 ; le Livre blanc précise notamment que « comme il est surtout soutenu par les jeunes générations, le terrorisme actuel devrait être durable » (p. 11).

68. Voir par exemple Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006.

69. David C. Rapoport, "The four waves of modern terrorism", in D. Rapoport (ed.), *Terrorism. Critical Concepts in Political Science*, 4 vols., London, Routledge, 2006, vol. IV, The Fourth or Religious Wave, p. 4.

comporte deux éléments. Les actes terroristes sont des actes de violence (1) commis contre des civils ou des non-combattants, et (2) conçus pour avoir un impact sur des publics plus vastes que les victimes directes. Ces publics plus larges, ainsi que les effets recherchés pour chacun d'eux, sont différenciés. Les actes terroristes visent d'abord à intimider l'adversaire, en instillant la peur chez lui. Mais ils ont aussi pour fin d'encourager et de mobiliser des soutiens potentiels en exposant au grand jour les faiblesses de l'adversaire, et en amenant celui-ci à réagir de façon excessive, suscitant ainsi une opposition en retour. Enfin, un troisième objectif est d'inspirer chez les partisans déjà gagnés à la cause le désir d'imiter l'action commise. Les caractéristiques matérielles de l'acte reflètent l'importance donnée à ces différents effets sur les perceptions publiques. Les terroristes choisissent leurs cibles et leurs modes d'action de façon à obtenir la plus large publicité. Les caractéristiques du terrorisme ainsi compris sont indubitablement présentes dans les attentats de la dernière décennie.

Il est frappant de constater que ces caractéristiques se retrouvent aussi dans les assassinats de figures politiques éminentes par les anarchistes du dix-neuvième siècle, dans les actions des « combattants de la liberté » au cours des luttes anticoloniales, et dans les détournements d'avions ou les prises d'otages des années 1970. Toutefois, le « nouveau terrorisme » apparu dans les années 1980 est plus destructeur que les précédents ; c'est d'ailleurs un des traits qui ont conduit à le qualifier de « nouveau ». Alors que les terroristes des générations précédentes cherchaient principalement à attirer l'attention sur une cause, sans nécessairement provoquer des dommages étendus, les nouveaux terroristes tentent de causer plus de destructions et d'infliger des pertes humaines significatives. Un mot, souvent cité, résume un des caractères de « l'ancien » terrorisme : « Les terroristes veulent beaucoup de spectateurs, non pas beaucoup de morts. »

Les terroristes des dernières décennies se sont écartés de cette voie, mais la publicité demeure un de leurs instruments-clés. Même lorsqu'ils causent des pertes significatives, les terroristes sont typiquement des acteurs plus faibles affrontant des acteurs plus forts. Les nouveaux terroristes utilisent la publicité pour compenser jusqu'à un certain point cette dissymétrie en grossissant les dommages réellement infligés. Ils jouent aussi sur l'autre versant de la publicité, le culte du héros et des martyrs, afin d'accroître le soutien à leurs actions. Le rôle central de la publicité a marqué le terrorisme des temps modernes depuis son origine. On le trouvait déjà chez les anarchistes russes du XIXe siècle. Rapoport rappelle que ceux-ci ont inventé et théorisé une nouvelle forme d'action politique, que Kropotkine a nommée « la propagande par l'action ». Un théoricien influent du terrorisme russe décrivait le terroriste en ces termes : « noble, terrible, irrésistiblement fascinant, combinant deux figures sublimes de la grandeur humaine, le martyr et le héros »⁷⁰.

L'importance accordée à la publicité et au caractère spectaculaire contribue à expliquer pourquoi des actions terroristes particulières ont tendance à arriver pendant la même période dans divers pays, alors que ce n'est pas le cas pour les actions violentes ne recherchant pas la publicité, comme les conflits armés, opposant de part et d'autre des forces armées, régulières ou irrégulières. Quand a lieu un attentat terroriste, il remplit les médias, anciens comme nouveaux. S'il est perçu comme un succès, il suscite l'imitation, y compris, à l'occasion, par des groupes ne partageant pas l'idéologie des premiers utilisateurs. C'est

70. Serguei Stepniak, *Underground Russia*, cité par David Rapoport, "The four waves of modern terrorism", *art. cit.*, p. 7.

notamment vrai quand une nouvelle méthode d'action est utilisée pour la première fois. L'apprentissage et l'imitation ont joué un rôle important, par exemple, dans la propagation des attentats-suicides. Des groupes chiites ont introduit cette tactique au Liban. Elle a atteint des résultats spectaculaires, amenant le retrait des troupes américaines et françaises qui étaient entrées dans le pays pour une mission de paix après l'invasion israélienne de 1982. Les Tigres tamouls, au Sri Lanka, ont été si impressionnés par les réussites libanaises qu'ils ont adopté cette tactique dans leur propre combat contre les bouddhistes. De 1983 à 2000 ils ont commis à eux seuls plus d'attaques-suicides que tous les groupes islamiques réunis⁷¹.

Si, d'autre part, les groupes terroristes rencontrent une résistance de la part de ceux qu'ils attaquent et que leurs actions n'ont guère de résultats, comme ce fut par exemple le cas des groupes anarchistes ou des mouvements terroristes européens des années 1970, alors ces échecs sont hautement visibles, eux aussi. Avec le temps, le caractère problématique du mode d'action prend de plus en plus de relief. Moins d'organisations terroristes sont formées et la vague recule.

Pour le présent propos, le point crucial est que, même quand les groupes terroristes rencontrent une résistance, il faut en général un temps assez long pour qu'une vague se résorbe. Cela fut le cas avec les trois précédentes vagues. Toutes ont duré à peu près le temps d'une génération. Rapoport remarque que c'est là « une temporalité suggestive, très proche dans sa scansion du cycle de vie humain, dans lequel les rêves qui ont inspiré les parents perdent de leur attrait pour les enfants »⁷². Quoique Rapoport n'identifie pas précisément la nature du mécanisme psychique et social produisant cet effet, ses observations empiriques plaident en tout cas en faveur d'un modèle générationnel. On pourrait ajouter que le caractère durable des trois premières vagues semble dû en grande partie aux thèmes, idéaux et convictions qui les animaient. Qu'elle ait rencontré ou non une résistance, chaque vague a eu sa dynamique idéologique interne.

Il n'y a guère de raisons pour penser que la vague actuelle, liée à la religion, sera plus éphémère que celles qui l'ont précédée. Les études ne s'accordent pas sur le rôle exact des motivations religieuses dans ce qui incite des individus à commettre des actes terroristes et pousse des groupes à orchestrer des campagnes d'attentats. Mais il ne fait aucun doute que des éléments empruntés à la religion, plus particulièrement l'islam, jouent un certain rôle. Il faut d'ailleurs noter que le rôle de la religion est une autre caractéristique différenciant ce qu'on appelle le « nouveau terrorisme » des formes précédentes. Les idéologues du djihad sont parvenus à produire un puissant mélange de croyances, de valeurs, de symboles et de récits qui a démontré une grande efficacité à unifier des griefs différents et à mobiliser des militants radicaux⁷³. S'il est difficile de déterminer le poids exact de ce facteur idéologique, le fait qu'il ait joué jusqu'ici un rôle dans l'activité terroriste est suffisant pour le considérer comme un danger potentiel. Les idéologies ont en général leur propre rythme de vie. Une fois établies, elles ne cèdent pas rapidement face à des idées opposées, qu'il s'agisse de démentis infligés par la réalité ou de croyances concurrentes. De plus, étant donnée la longévité notoire des croyances religieuses, on ne peut s'attendre à ce que le risque constitué par une idéologie, de quelque façon liée à la religion recule rapidement. Quelque action que l'on mette en œuvre

71. Voir Robert A. Pape, "The strategic logic of suicide terrorism", *American Political Science Review*, vol. 97 (3), août 2003, p. 323-361.

72. David C. Rapoport, "The four waves of modern terrorism", *art. cit.*, p. 5.

73. Sur ce point voir Gilles Kepel, *The Roots of Radical Islam*, New York, Saqi Books, 2005 ; *Terreur et martyre*, Paris, Flammarion, 2008.

aujourd'hui pour écarter ou diminuer ce risque, elle a toutes chances de devoir se poursuivre pendant des décennies.

Une deuxième raison de penser que la menace terroriste actuelle est peu susceptible de devenir négligeable à court terme tient aux les structures organisationnelles. Les études spécialisées semblent s'accorder sur le fait qu'Al-Qaïda, le principal groupe terroriste actif aujourd'hui, n'est pas, ou du moins pas essentiellement, une organisation hiérarchique dotée d'une instance centrale dirigeant les diverses unités qui la composent.⁷⁴ Le groupe semble plutôt être organisé comme un réseau, dont les différentes unités ont un grand degré d'autonomie, et ne communiquent pas nécessairement avec le centre alors même qu'elles communiquent entre elles (par Internet en particulier). Le caractère décentralisé d'Al-Qaïda est lié à l'importance de la motivation idéologique dans cette organisation. L'action des terroristes d'Al-Qaïda est souvent décrite comme guidée par le « sentiment d'une mission à remplir », non pas par l'obéissance aux dirigeants. Le poids respectif du contrôle central et de l'autonomie des unités est difficile à déterminer, mais les deux éléments semblent être présents. De plus, à la suite de la campagne d'Afghanistan lancée en 2001 et de ses développements ultérieurs, l'organisation semble être devenue encore plus décentralisée qu'elle n'était à l'origine. L'invasion américaine de l'Irak a encore accentué la dispersion des militants radicaux.

Le caractère dispersé de la menace a des implications importantes pour notre propos ici. En premier lieu, il implique qu'aucun démantèlement d'un groupe terroriste particulier, y compris Al-Qaïda, ne garantirait la fin des dangers liés au terrorisme djihadiste. En outre, même si la direction centrale d'Al-Qaïda jouait en fait un rôle décisif, les cibles potentielles d'attentats terroristes ne le sauraient pas avec une certitude suffisante pour baisser leur garde à la simple annonce que le centre a été neutralisé. Enfin, la dispersion des groupes terroristes rend extrêmement difficiles les compromis politiques. Supposons que les pays visés parviennent à un compromis, impliquant des concessions de part et d'autre, avec la direction d'Al-Qaïda, un tel accord, passé avec des acteurs dont le contrôle sur leur organisation est incertain, n'offrirait pas une garantie suffisante pour que les pays cibles renoncent à leurs dispositifs de sécurité.

Une troisième raison de penser que le risque représenté par la forme actuelle du terrorisme, qu'il soit islamiste ou pas, n'a guère de chances de disparaître, est liée à la technologie. Comme le dit un auteur : « Le développement technologique et la diffusion des connaissances rendront l'acquisition d'armes de destruction massive de plus en plus possible pour des groupes toujours plus petits. C'est là le danger le plus grave auquel nous soyons confrontés, et il est là pour très longtemps »⁷⁵.

Il ne serait donc pas raisonnable de concevoir des moyens de lutter contre le terrorisme en supposant que la menace présente reculera rapidement. Mais il y a une autre raison, plus décisive encore, pour ne pas construire nos institutions anti-terroristes en escomptant une fin future du terrorisme. On peut la nommer la raison épistémique. Elle

74. Sur ce point voir A. K. Kronin, "Sources of contemporary terrorism" in Audrey K. Cronin, James L. Ludes, (eds.), *Attacking Terrorism, op. cit.*, p. 19-45 ; Jonathan Stevenson, *Counter Terrorism: containment and beyond*, Adelphi Papers, Oxford University Press, 2004 ; *La France face au terrorisme, Livre blanc du gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme, op. cit.*, p. 36.

75. Philip B. Heymann, *Terrorism, Freedom and Security. Winning without War, op. cit.*, p. 162. Sur ce point, voir aussi D. Omand, "Countering international terrorism: the use of strategy", *art. cit.*, p. 112.

consiste en ceci : à supposer même que la menace terroriste actuelle prenne effectivement fin, il sera très difficile de déterminer quand précisément elle a pris fin. Contrairement aux guerres, aux insurrections ou aux invasions, les vagues terroristes ne présentent pas de lignes claires délimitant le commencement et la fin de l'activité. Les vagues terroristes s'achèvent, certes, mais nous ne le savons que rétrospectivement, généralement après que bien du temps a passé. C'est d'ailleurs vrai, aussi, de leur commencement. Les perceptions publiques ont désormais identifié la date du 11 septembre 2001 comme le commencement de la menace terroriste présente. Mais les attentats de ce jour-là n'étaient que l'événement le plus spectaculaire dans un cycle qui a sans doute commencé quelque part dans les années 1980. Le terrorisme est, par nature, un phénomène dont le commencement et la fin sont difficiles à discerner.

Cela vaut pour le terrorisme en général. S'il est vrai que les groupes terroristes mènent parfois des campagnes d'attentats systématiques qui ont une fin nette, la fin d'une campagne donnée ne signifie pas nécessairement que les attentats ne reprendront pas. De fait, les pays qui ont été attaqués de cette façon ne considèrent pas la fin d'une campagne comme une raison suffisante pour abaisser leurs protections contre de nouveaux attentats potentiels. Même dans une campagne systématique, les groupes terroristes cherchent à prendre leurs cibles par surprise. Enfin, comme le terrorisme est généralement le fait de groupes clandestins, les services de renseignement sont cruciaux pour évaluer l'existence et le niveau de la menace. Mais on sait que les informations fournies par ces services sont rarement, voire jamais, dépourvues d'ambiguïtés⁷⁶. Il serait hautement problématique de se fonder sur de telles informations pour mettre un terme à des dispositions légales et institutionnelles.

La difficulté épistémique est encore aggravée par le caractère transnational de la menace terroriste actuelle. Dans la situation présente, il est tout particulièrement difficile de déterminer ce que l'on pourrait, ou devrait, considérer comme la fin du péril pour un pays donné. Supposons que les États-Unis aient mis en place divers dispositifs de sécurité, y compris peut-être un certain type d'institution d'exception. Dix ans ont passé depuis le 11 Septembre. Aucun attentat n'a eu lieu sur le sol américain, mais Karachi et Londres ont subi des attaques terroristes revendiquées par des groupes djihadistes. Les États-Unis démantèleraient-ils leurs institutions de sécurité ou mettraient-ils fin à la législation d'exception en vigueur depuis dix ans ? Probablement pas. Devraient-ils le faire ? C'est difficile à dire. Mais alors, quand ? Les institutions d'exception sont conçues pour les périls nationaux, pas pour les menaces sans frontières.

Ainsi, le paradigme de l'exception est fondamentalement inapproprié pour affronter la menace terroriste actuelle. Cela tient à sa structure constitutive. Comme on l'a vu, cette structure comporte d'abord une autorisation de s'écarter des normes et des valeurs constitutionnelles. La conformité avec l'ordre constitutionnel est obtenue par le fait que ces écarts sont à la fois temporaires et nécessaires. La brièveté est une condition essentielle pour que les mesures d'exception soient conformes aux valeurs constitutionnelles. Sans doute, la notion de brièveté est-elle imprécise. Pourtant, il n'est guère douteux qu'il y a une différence de nature entre des mesures en vigueur pendant quelques semaines ou quelques mois, et des

76. Voir Jonathan Stevenson, *Counter Terrorism: containment and beyond*, op. cit. p. 17. « Les informations et les avertissements issus des services de renseignements sont structurellement ambigus », écrit l'auteur. Sur ce que l'on peut raisonnablement attendre des services de renseignement, voir aussi Paul R. Pillar, "Intelligence" in Audrey K. Cronin, James L. Ludes, (eds.), *Attacking Terrorism. Elements of a grand strategy*, op. cit., p. 115-139.

dispositions valables pendant des décennies. Étant donnée la durée de vie des êtres humains, une détention provisoire sans jugement durant des décennies signifierait en pratique, dans bien des cas, une détention sans jugement à perpétuité. De même, devoir rendre des comptes à un horizon temporel se mesurant en décennies reviendrait en fait à ne pas avoir de comptes à rendre du tout. La même chose vaut pour le dédommagement des victimes d'abus éventuels.

La condition de brièveté implique que le paradigme de l'exception est inadapté à un phénomène appelant une action soutenue et persévérante. Nous ne savons pas si nous pourrions ou non, dans l'avenir, nous passer de dispositions visant à contrecarrer le terrorisme. Leur conformité aux valeurs constitutionnelles ne doit donc dépendre ni de l'hypothèse qu'un jour elles ne seront peut-être plus nécessaires, ni du moment où cela interviendra. Pour être soutenable sur le long terme, voire un avenir indéfini, l'action contre le terrorisme doit être conforme dès son début aux principes et aux valeurs constitutionnelles des pays attaqués. Ce n'est assurément pas une bonne méthode de compter sur la fin d'un phénomène, si cette fin est incertaine et difficile à discerner.

Cela nous ramène à l'autre face du paradigme de l'exception. Celui-ci requiert que les actions qu'il autorise soient temporaires parce que ces actions sont des écarts par rapports aux normes et valeurs constitutionnelles. Le caractère temporaire sert à contrebalancer et à circonscrire ces écarts. Mais puisque nous aurons sans doute affaire au terrorisme pendant longtemps, nous ne devrions pas l'affronter en nous écartant de nos normes et valeurs.

Mais, en réalité, il n'est pas nécessaire d'envisager le terrorisme comme un phénomène exigeant d'être traité par la suspension des règles. Le terrorisme actuel excède sans doute, par certains aspects, nos catégories et nos moyens existants, mais il ne s'ensuit pas que nous ne puissions pas inventer des agencements institutionnels et des moyens juridiques adaptés aux caractères particuliers du phénomène. Le terrorisme présent est un type d'action spécifique, dont les caractéristiques, y compris son caractère potentiellement très dangereux, peuvent être analysées et jugées de manière rigoureuse. Il est nouveau, certes. Mais les comportements humains ne restent pas identiques au cours du temps. De temps en temps apparaissent des conduites nouvelles, entrant mal dans les catégories existantes. C'est alors la tâche de la législation et du droit d'inventer, à partir de l'existant, des règles nouvelles adaptées à ces conduites nouvelles. Le crime organisé n'a pas toujours existé. Lorsqu'il est apparu, on a inventé un régime juridique nouveau, adapté à sa nature, on n'a pas suspendu les règles de droit en attendant qu'il disparaisse. Un régime juridique spécifique redessiné, de nouveaux agencements institutionnels, nationaux et internationaux, sont peut-être nécessaires pour affronter le terrorisme d'aujourd'hui. Mais dans la conception de ces instruments, la seule question doit être : quel traitement les principes de l'État de droit justifient-ils pour ce type d'action ? L'espoir que l'activité terroriste prendra fin ne devrait jouer aucun rôle dans notre raisonnement.

Déterminer le résultat d'un tel raisonnement n'est pas l'objet de cette étude. Elle visait seulement à démontrer que nous ne devrions pas raisonner en termes d'exception.

Publié dans laviedesidees.fr, le 15 décembre 2015

© laviedesidees.fr