



**HAL**  
open science

## Libertés et Sûreté les Mutations de L'État de Droit

Mireille Delmas-Marty

► **To cite this version:**

Mireille Delmas-Marty. Libertés et Sûreté les Mutations de L'État de Droit. Revue de Synthèse, 2009, 130 (3), pp.465-491. 10.1007/s11873-009-0087-2 . hal-00523669

**HAL Id: hal-00523669**

**<https://hal.science/hal-00523669>**

Submitted on 6 Oct 2010

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# LIBERTÉS ET SÛRETÉ

## LES MUTATIONS DE L'ÉTAT DE DROIT

Mireille DELMAS-MARTY\*

**RÉSUMÉ :** Le droit à la sûreté soumet l'État au droit tout en pouvant légitimer des atteintes aux libertés, apparemment contraires à l'État de droit. On propose d'analyser ici les mutations de l'État de droit, notamment depuis la pérennisation de l'état d'exception après 2001 et l'apparition de régimes de suspicion, comme l'expression de trois processus juridiques distincts de suspension, de contournement et de détournement. Il s'agit aussi de rappeler comment, au-delà de la distinction entre politique autoritaire et libérale, un double mouvement, interne et international, de constitutionnalisation et d'internationalisation des systèmes de droit, constitue un ferment de résistance, limité mais déjà effectif, à toute raison d'État.

**MOTS-CLÉS :** droits fondamentaux, État de droit, raison d'État, état d'exception, état de nécessité, résistance à l'oppression.

### LIBERTIES AND SAFETY : THE MUTATIONS OF THE LEGAL STATE

*ABSTRACT :* The right to safety submits the State to the law even when it can legitimate attacks on liberties apparently contrary to the State of law. We propose to analyze here the mutations of the State of law, notably since the externalisation of the state of exception after 2001 and the appearance of regimes of suspicion such as the expression of three legal processes distinct from suspension, skirting and diversion. It is a question of recalling how, beyond the distinction between authoritarian and liberal policy, a double movement, internal and international, of constitutionalisation and internationalisation of the systems of law constitutes a ferment of resistance, limited but already effective to all reasons of State.

*KEYWORDS :* fundamental rights, State of law, reason of State, state of exception, state of necessity, resistance to oppression.

---

\* Mireille Delmas-Marty, née en 1941, est professeur au Collège de France où elle occupe, depuis 2002, la chaire des « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit ». Outre son activité d'enseignement, elle a participé à de nombreuses missions en qualité d'expert, notamment pour la révision de la Constitution (1992), la réforme du code pénal (1981), la réforme de la procédure pénale (1989-1990) et dans le cadre du projet pénal européen dit Corpus Juris (1996-1999). Elle a récemment publié *Les Forces imaginantes du droit : (I) Le relatif et l'universel ; (II) Le pluralisme ordonné ; (III) La refondation des pouvoirs* (Paris, Le Seuil, 2004-2007). Le tome IV, *Vers une communauté de valeurs* est à paraître. Le texte qui suit a été établi à partir des leçons prononcées les 3 et 10 mars 2009 au Collège de France dans le cadre du cours « Libertés et sûreté dans un monde dangereux » (le cours sera intégralement publié prochainement au Seuil).

Adresse : Collège de France, 3, rue d'Ulm, F-75005 Paris.

Courrier électronique : mireille.delmas-marty@college-de-france.fr

## FREIHEITEN UND SICHERHEIT: DIE UMBRÜCHE DES RECHTSSTAATES

*ZUSAMMENFASSUNG: Das Recht auf Sicherheit unterwirft den Staat dem Recht und kann zugleich dem Rechtsstaat entgegengesetzte Einschränkungen von Freiheiten legitimieren. Im Artikel geht es um eine Untersuchung der Umbrüche des Rechtsstaates, insbesondere seit der Verstetigung des Ausnahmezustandes nach 2001 und dem Auftreten einer Verdächtigungskultur, wie etwa der Einrichtung von drei juristischen Verfahrensweisen der Aufhebung, der Umgehung und der Abwendung. Man sollte sich auch vergegenwärtigen, wie jenseits des Unterschiedes zwischen autoritärer und liberaler Politik, innenpolitisch und international, eine doppelte Bewegung der Konstitutionalisierung und Internationalisierung der Rechtssysteme ein Ferment des beschränkten, aber durchaus effektiven Widerstandes gegen alle Staatsräson darstellt.*

*STICHWÖRTER: Grundrechte, Rechtsstaat, Staatsräson, Ausnahmezustand, Notstand, Widerstand gegen Unterdrückung.*

ميراي دالماس-مرتى : حريات وأمن : تحولات دولة القانون

إنَّ الحقَّ في الأمن يُخضع الدولة إلى القانون، لكنَّه قادرٌ في الوقت نفسه على السَّماح بالتعدِّي على الحريَّات الذي يبدو ضدَّ دولة القانون. في هذا المقال، نقتِّرح تحليلاً لتحولات دولة القانون، لاسيما منذ استمرار الحالة الاستثنائية بعد ٢٠٠١ وظهور أنظمة حذرة، كتعبير عن ثلاث تغيُّرات قانونية مختلفة وهي التعليق، التحايل والتزوير. علينا أن نذكر أيضاً بعيداً عن التمييز بين السياسة السُّلطوية والليبيرالية، كيف تكوَّن حركة مزدوجة، بين داخلية ودولية، بين دستورية وكونها تدوَّل أنظمة القانون، كتلة عجيبيَّة من المناهضة، محدودة ولكنها حاضرة في كل مصالح الدولة.

الكلمات المفاتيح: الحقوق الأساسية، دولة القانون، مصلحة الدولة، حالة الاستثناء، الضرورة، مناهضة القمع.

自由と安全：法治国家の変化

ミレイユ・デルマス - マーティ

要約：法治国家は安全に関する法律に従っている。しかしながら、この法律は法治国家とは相反する自由に対する侵害を合法にしている。本文では、法治国家の変化について分析したい。特に2001年以降のエタ・デクスペクション（例外状態）の永続化、そして常に嫌疑をかける体制の出現について取り上げたい。これらの出現は、三つの法的過程である、停止、迂回、そして方向転換に例えることができる。また、権威主義的、自由主義的政治の区別を超えて、法律の制度化に関する合憲化と国際化の二つの動きが国益に対してどのように抵抗するかということについて言及したい。

キーワード：基本権、法治国家、国益、例外状態、必要状態、抑圧への抵抗

Si le droit à la sûreté est l'ébauche d'une vision libérale qui soumet l'État au droit<sup>1</sup>, il porte en lui sa propre contradiction. Déjà inscrite dans la Constitution de 1791, la référence expresse à la sûreté publique permet en effet de fonder les notions d'état d'urgence et d'état d'exception qui vont légitimer, en cas de danger pour la nation, des pratiques autoritaires, apparemment contraires à l'État de droit.

« Apparemment » contraires car entre deux notions aussi incertaines et évolutives que celles d'État de droit et d'état d'exception, la relation est inévitablement complexe. La notion d'État de droit, associée à la construction politique de l'État, remonterait aux auteurs français du XVI<sup>e</sup> siècle, puis à Montesquieu opposant le gouvernement par le droit au despotisme du gouvernement par les hommes<sup>2</sup>. Mais c'est seulement au XIX<sup>e</sup> siècle qu'elle sera systématisée par la doctrine allemande<sup>3</sup>, avant d'être tardivement reprise en France au XX<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>. S'affirmant peu à peu comme une synthèse entre le formalisme juridique du *Rechtstaat* allemand et la vision plus procédurale de la *Rule of law* d'origine britannique, la notion d'« État de droit » est devenue un véritable « standard international<sup>5</sup> » depuis les années 1990 : elle désigne un État soumis au droit, dans un double sens, impliquant les garanties juridiques institutionnelles (séparation des pouvoirs) et substantielles (respect des droits fondamentaux). Quant à l'état d'exception, le terme renvoie d'abord à l'idée du droit romain de suspendre en cas de péril l'ordre juridique en vigueur. Mais aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, avec les théoriciens de la souveraineté et de la raison d'État, l'exception semble perdre son caractère exceptionnel<sup>6</sup> : chez Bodin, « seul le souverain [...] qualifie l'exceptionnalité<sup>7</sup> » ; il délibère, en somme, sur le caractère exceptionnel de la situation, étant toutefois précisé que le souverain peut déroger aux lois ordinaires mais non aux « lois divines et naturelles ».

L'idée de suspension de l'ordre juridique en cas de péril réapparaît à l'époque révolutionnaire : après l'état de siège institué par l'Assemblée constituante, la suspension du cadre constitutionnel est introduite pour la première fois dans la Constitution de 1793 (art. 92). On la retrouve à l'article 16 de la Constitution de 1958 avec le même objectif de protéger l'État lorsque « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire, ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». D'où le risque, quand les droits fondamentaux ne sont pas explicitement préservés, de mettre en danger les libertés au motif de défendre l'État. On se souvient du triste exemple de la république de Weimar qui avait fait un usage quasi continu de l'article 48 de la Constitution permettant de

1. *Bill of habeas corpus*, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 2), Convention européenne des droits de l'homme (art. 5, § 1).

2. BARRET-KRIEGLER, 1979 et 1992.

3. JOUANJEAN, dir., 2001 ; HEUSCHLING, 2002.

4. En relation avec la notion d'*ordre juridique*, également venue d'Allemagne, voir HALPÉRIN, 2001, p. 41.

5. CHEVALLIER, 2008, p. 176.

6. Sur l'évolution du statut de l'exception, voir CATTEEUW, 2008, chap. IV, p. 242-260.

7. SAINT-BONNET, 2001, p. 198. Voir Jean BODIN, *Les Six Livres de la République* (liv. I, chap. VIII et X).

suspendre tout ou partie des droits fondamentaux en cas de menace grave pour la sécurité et l'ordre public; facilitant ainsi, sans qu'un changement de constitution fût nécessaire, l'avènement du nazisme en 1932. Devenu permanent, l'état d'exception avait conduit à l'instauration d'un régime totalitaire<sup>8</sup>. Il est clair qu'en 1932, l'État de droit n'avait pas résisté.

Faut-il en déduire qu'il y aurait antinomie entre l'état d'exception et l'État de droit? Giorgio Agamben semble le penser: situant l'état d'exception au centre du pouvoir, il y voit « un espace vide où une action humaine sans rapport avec le droit fait face à une norme sans rapport avec la vie<sup>9</sup> ». Ouvrir un tel espace serait toujours une menace pour l'État de droit. L'auteur ajoute que, depuis la riposte des États-Unis aux attentats du 11 septembre 2001, la menace est encore accrue par le « déploiement planétaire de l'état d'exception »: planétaire dans l'espace et permanent dans le temps, l'état d'exception contribuerait à « l'irrésistible progression de ce qui a été défini comme une "guerre civile mondiale"<sup>10</sup> ». Mais l'analyse politique ne rend pas compte de toute la diversité des pratiques juridiques. L'exception devient permanente par des glissements successifs qui aboutissent à légitimer des pratiques, comme la déshumanisation du droit pénal et la radicalisation des procédures de contrôle, et à engendrer divers régimes de suspicion<sup>11</sup>. C'est à l'étude de ces glissements que sera ici consacrée la première partie « États d'exception et régimes de suspicion ».

Encore faut-il éviter qu'une approche centrée sur la raison (ou la déraison) d'État sous-estime les ressources juridiques et la capacité de résistance des systèmes de droit contemporains. Car l'histoire ne se répète pas à l'identique: la grande nouveauté de l'après-guerre est le double mouvement, interne et international, de constitutionnalisation et d'internationalisation des systèmes de droit. Ce mouvement substitue aux lois « divines et naturelles » un droit supralégislatif et supranational. Certes ce mouvement n'a pas les mêmes effets dans tous les États, mais il devient impossible, même pour une superpuissance comme les États-Unis, de les ignorer complètement<sup>12</sup>. Au plan interne, le rôle des cours constitutionnelles, même limité par le poids du politique, permet d'encadrer l'état d'exception et de réintroduire certaines contraintes de l'État de droit. Nous en avons vu divers exemples: en 2004, l'annulation par la Chambre des lords de la détention indéfinie des étrangers ou, en 2008, la reconnaissance par la Cour suprême des États-Unis (arrêt *Boumediene*) d'un droit à l'*habeas corpus* pour les détenus de Guantanamo non américains et capturés hors des États-Unis.

Au plan international, la situation est plus nuancée: Jean-Claude Monod évoque une « déstabilisation du droit de la guerre<sup>13</sup> ». En effet, l'exception de la légitime défense, appliquée par le Conseil de sécurité des Nations unies à l'agression terroriste<sup>14</sup>, est quasiment devenue la règle et les concepts de guerre préemptive, voire

8. AGAMBEN, 2003, p. 32.

9. AGAMBEN, 2003, p. 145.

10. AGAMBEN, 2003, p. 11-12.

11. BIGO *et al.*, dir., 2008.

12. Voir DELMAS-MARTY, 2007.

13. MONOD, 2007.

14. Voir les résolutions 1368 (12 septembre 2001) et 1373 (28 septembre 2001) du Conseil de sécurité des Nations unies.

préventive, risquent de l'étendre encore<sup>15</sup>. De même, la clause échappatoire insérée dans le droit international des droits de l'homme semble protéger la raison d'État en autorisant, au nom de circonstances exceptionnelles, des dérogations aux garanties de l'État de droit, qu'il s'agisse d'invoquer l'existence de la nation (Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 4), sa survie (Convention européenne des droits de l'homme, art. 15), ou encore l'indépendance ou la sécurité d'un État (Convention interaméricaine des droits de l'homme, art. 27). Mais il ne faut pas se tromper sur la signification de cette clause car les dérogations sont limitatives (la torture, par exemple, n'est jamais admise) et les relations entre la raison d'État et l'État de droit sont encadrées par les cours régionales (Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes). C'est pourquoi nous verrons, dans une seconde partie, que la réponse aux dangers menaçant les États varie entre *politique autoritaire et politique libérale* selon l'existence et les modalités d'un contrôle, national et international, qui permettrait non pas d'abolir mais, en quelque sorte, de « raisonner la raison d'État ».

#### I – ÉTATS D'EXCEPTION ET RÉGIMES DE SUSPICION

Nous limiterons cette première partie aux pratiques juridiques contemporaines, réservant pour la seconde l'étude (juridico-politique) des totalitarismes du xx<sup>e</sup> siècle et le débat ouvert par Carl Schmitt qui, dès 1922, défendait l'état d'exception au nom de la souveraineté, selon une lecture de Bodin qui peut sembler réductrice<sup>16</sup>. Même si le juriste allemand, si controversé pour ses positions ultérieures, est souvent évoqué depuis le 11 septembre 2001, les pratiques actuelles n'autorisent à confondre ni les États-Unis du xxi<sup>e</sup> siècle avec l'Allemagne d'avant-guerre ni, dans une Europe en voie d'intégration, les pays européens d'aujourd'hui avec leurs ancêtres totalitaires. Mais ces pratiques n'excluent pas pour autant les dérives quand la sécurité l'emporte sur les libertés, ou encore la raison d'État sur les garanties de l'État de droit. Pour analyser ces dérives par rapport à l'État de droit, il faut repartir de l'état d'exception et de l'état d'urgence, compris comme une suspension provisoire des garanties de l'État de droit du fait des circonstances exceptionnelles : par exemple, en cas de guerre, d'insurrection, de catastrophe naturelle ou d'épidémie – autant de cas qui, précisément en raison de l'urgence, appellent une action immédiate au nom de la nécessité. Dès 1982, Nicole Questiaux montrait, dans une étude pour la Commission des droits de l'homme des Nations unies sur « les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'état de siège ou d'exception<sup>17</sup> », que le provisoire se prolonge parfois des années, voire des décennies. Elle suggérait, pour protéger

15. On distingue la guerre préemptive de la guerre préventive par l'imminence et la certitude de l'attaque adverse. La première porte sur une menace réelle et pouvant être constatée ; elle est reconnue par le droit international comme un recours légal de « légitime défense selon certaines conditions » (voir l'article 51 de la Charte des Nations unies). La guerre préventive constitue en revanche une violation du droit international.

16. Voir SCHMITT, 1922.

17. QUESTIAUX, 1982.

l'État de droit, de renforcer les garanties (droits de nature intangibles). Sa démarche sera reprise et développée dans le rapport de Leandro Despouy, en 1997<sup>18</sup>.

Depuis le 11 septembre 2001, la menace d'un terrorisme mondialisé conduit à la généralisation de ces dérives, même dans des pays attachés à la démocratie: les circonstances de temps ne sont plus exceptionnelles, l'extension des menaces en tout lieu et la gravité des effets maintiendraient la nécessité de restreindre les garanties. Mais la nécessité n'impose pas toujours de suspendre l'État de droit comme l'ont fait les États-Unis; il suffit parfois de contourner tout ou partie de ces garanties en créant des circuits parallèles avec lesquels le terme « exception » prend un sens large (droit d'exception, régime d'exception). Les dérives de l'État de droit, cependant, ne s'arrêtent pas là car la « frénésie sécuritaire » tend à transformer le contrat social en une sorte de contrat d'assurances tous risques qui caractérise les régimes de suspicion: chaque individu est un suspect potentiel. Mais comment réussir à surveiller et contrôler toute une population? Tâche impossible pour les seules institutions judiciaires et policières. Aussi les régimes de suspicion entraînent-ils inévitablement un détournement de l'État de droit par transfert de pouvoirs dans l'État (militarisation de la justice), ou même en dehors de l'État (privatisation de l'exercice de la force publique par érosion du monopole de l'État).

Par-delà la dualité de l'intitulé de cette première partie (états d'exception/régimes de suspicion), c'est en distinguant trois voies (suspension, contournement, détournement) que nous analyserons les mutations de l'État de droit, étant observé que ces voies s'entrecroisent et parfois se mêlent: après le 11 septembre 2001, c'est au nom de l'état de guerre (suspension) que le président Bush avait transféré à des commissions militaires le pouvoir de juger les actes de terrorisme (détournement).

### *1. Suspension de l'État de droit*

Dans un article intitulé « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », Michel Troper propose d'appeler état d'exception « une situation dans laquelle, en invoquant l'existence de circonstances exceptionnelles particulièrement dramatiques et la nécessité d'y faire face – on songe par exemple à une catastrophe naturelle, une guerre, une insurrection, des actes terroristes ou une épidémie<sup>19</sup> ». Il en précise les conséquences institutionnelles et substantielles: « [...] on suspend provisoirement l'application des règles qui régissent ordinairement l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics et l'on en applique d'autres, évidemment moins libérales, qui conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux<sup>20</sup>. » Mais, en incluant les actes terroristes dans la liste des circonstances exceptionnelles, Troper introduit un doute sur le caractère provisoire de cette « suspension » car il est difficile, reconnaît-il, d'imaginer « un moment où cesserait toute menace de terrorisme ». Par conséquent, cet état d'exception « n'a rien d'exceptionnel »; c'est pourquoi, conclut-il, « il tend à devenir permanent et à justifier de très graves atteintes aux

---

18. DESPOUY, 1997.

19. TROPER, 2007, p. 163.

20. TROPER, 2007, p. 163.

droits de l'homme<sup>21</sup> ». En effet, même si certaines lois *post* 11 septembre 2001 ont été adoptées comme des lois temporaires, elles ont toutes, pour l'essentiel, été prorogées. La question posée par les nouvelles formes de terrorisme révélées par les attentats de New York est donc de savoir si la démocratie peut tolérer des suspensions de l'État de droit à vocation permanente et à quelles conditions. La réponse est différente aux États-Unis et en Europe.

Le système constitutionnel américain, inspiré du droit anglais, ne prévoit pas explicitement d'état d'exception. Mais il admet (selon la *common law* en Angleterre et selon la Constitution aux États-Unis) la possibilité, dans la seule hypothèse d'un acte de guerre, de suspendre l'*habeas corpus* et donner des pouvoirs exceptionnels à l'exécutif. Le dispositif *post* 11 septembre 2001 n'est donc pas fondé sur une habilitation constitutionnelle explicite mais sur les pouvoirs exceptionnels reconnus au président en raison de l'état de guerre par la résolution votée par le Congrès (à la quasi-unanimité) le 14 septembre 2001. Il s'agit donc de ses pouvoirs comme chef des armées, et non d'un pouvoir législatif interne. L'habilitation donnée par cette résolution étant limitée, le gouvernement invoqua aussi une habilitation constitutionnelle implicite fondée sur une doctrine controversée, dite de l'*unitary executive*, pour justifier la création des commissions militaires par décrets (*military orders*). Mises en cause par la Cour suprême en juin 2006 (affaire Hamdan), ces commissions furent instituées à nouveau en octobre 2006, mais cette fois en vertu d'une loi. Conscient des insuffisances du système, le constitutionnaliste américain Bruce Ackerman a proposé de créer une « constitution de l'urgence » (*emergency constitution*) qui limiterait les pouvoirs exceptionnels du président dans le temps<sup>22</sup>. La proposition répond à la difficulté d'encadrer les pouvoirs exceptionnels mais il s'agit d'une loi cadre et non d'une véritable constitution. En outre le caractère provisoire de l'état d'urgence semble inadapté à la permanence de la menace terroriste. Comme le montre Bernard Manin, l'état d'urgence « n'est pas le bon paradigme » pour lutter contre le terrorisme dans ses formes globales actuelles : il repose sur l'idée que le caractère provisoire suffit pour équilibrer et circonscrire les dérives<sup>23</sup>, alors que précisément l'exemple américain démontre qu'il serait surtout nécessaire de préciser quelles sont les restrictions substantielles compatibles avec l'État de droit.

De ce point de vue, l'Europe offre des réponses apparemment mieux adaptées même si les dispositifs constitutionnels restent diversifiés d'un pays à l'autre – étant rappelé que seuls sept États membres étaient dotés d'une législation antiterroriste avant le 11 septembre 2001 (Allemagne, Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal et Royaume-Uni)<sup>24</sup>. C'est ainsi que l'Espagne a défini dans la constitution de 1978, au titre de la répartition des pouvoirs entre gouvernement et parlement, les conditions propres aux états provisoires (état d'alerte, état d'exception et état de siège, art. 116). Cette définition doit être reliée au chapitre concernant la suspension des droits et libertés : les dispositions indiquent au législateur les droits qui pourront être suspendus dans les cas où il aura été décidé de déclarer l'état d'exception ou l'état de siège (art. 55-1). Mais la

---

21. TROPER, 2007, p. 168.

22. ACKERMAN, 2006 et 2008.

23. MANIN, 2008.

24. CERDA-GUZMAN, 2008.

question du terrorisme est traitée distinctement (art. 55-2), qu'il s'agisse des garanties de forme ou de la liste des droits pouvant être suspendus dans le cadre des enquêtes sur l'action de bandes armées ou d'éléments terroristes.

Moins précise, la Loi fondamentale allemande n'établit pas de régime spécifique pour la lutte contre le terrorisme (le mot n'y figure pas). Elle admet cependant, au nom de « la défense de l'ordre constitutionnel libéral et démocratique », certaines limitations (liberté d'association, de circulation et d'établissement, ou respect de la vie privée) pour des raisons pouvant être invoquées en matière de terrorisme. De plus une attaque terroriste pourrait justifier la mise en place des dispositions concernant, au chapitre VIII sur l'« exécution des lois fédérales et l'administration » et au chapitre Xa sur l'« état de défense de la Loi fondamentale », un état de nécessité intérieure (l'« état de crise intérieure » visé à l'article 91 du chapitre VIII) ou extérieure (l'« état de défense » défini à l'article 115a du chapitre Xa). Mais ce dispositif de défense se limite essentiellement à un transfert de pouvoirs au chancelier, sans suspendre les droits fondamentaux : « Le droit constitutionnel allemand est dominé par la volonté de maintenir, dans la mesure du possible, toutes les garanties de l'État de droit, notamment les droits fondamentaux, même dans des conditions exceptionnelles<sup>25</sup>. »

En revanche en France, l'article 16 déjà évoqué transmet les pleins pouvoirs au président, mais la Constitution ne dit pas quels droits peuvent être suspendus et ne cite pas le terrorisme dans son énumération des circonstances exceptionnelles<sup>26</sup>. En cas d'une attaque massive de type 11 septembre, l'application de l'article 16 serait peut-être concevable. Toutefois, ni le comité Vedel (1993) ni la commission Balladur (2007) n'ont proposé d'étendre explicitement l'article 16 au terrorisme. Au contraire, ils ont recommandé de renforcer les garanties du caractère provisoire de l'état d'exception, recommandation suivie par la réforme de 2008, précisant au dernier alinéa de l'article 16 :

« Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. »

L'article 16 semble inadapté au terrorisme. Nous disposons, en revanche, de l'état d'urgence prévu, dans le contexte des événements d'Algérie, par la loi du 3 avril 1955<sup>27</sup>, « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant par leur nature et par leur gravité, le caractère de calamité

25. GREWE et SOMMERMANN, 2002, p. 75.

26. Sont explicitement mentionnées les menaces contre « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire, ou l'exécution de ses engagements internationaux » (Constitution de 1958, art. 16).

27. VOIR CAILLE, 2007.

publique ». Cette loi, que l'on pouvait croire implicitement abrogée par la Constitution de 1958, a été validée par le Conseil constitutionnel à propos de la Nouvelle-Calédonie (1985), puis utilisée en novembre 2005 par le président Chirac lors d'émeutes dans les banlieues : déclaré par décret, l'état d'urgence permet un renforcement des pouvoirs de police et des restrictions aux droits fondamentaux (perquisitions, contrôle des moyens d'information, de circulation et de séjour) et pourrait sans doute être utilisé dans la lutte contre le terrorisme. Mais ses effets sont « par nature limités dans l'espace et dans le temps<sup>28</sup> ». En définitive, la voie d'un contournement de l'État de droit est moins visible mais non moins dangereuse car elle permet des « restrictions aux droits fondamentaux » sans imposer les contraintes propres aux états d'exception ou d'urgence.

## 2. Contournement de l'État de droit

Pour cerner les différentes stratégies utilisées en politique criminelle, j'avais mis en lumière, dans les années 1980, trois variantes du modèle « totalitaire ». La répression peut être soit *généralisée* par une clause permettant le raisonnement par analogie (selon le code pénal allemand de 1933, « tout acte contraire au sain instinct du peuple doit être criminalisé et réprimé »); soit *dédoublée*, grâce à la proclamation d'un état d'exception ou d'un état d'urgence quand il permet de déroger aux droits fondamentaux; soit *ciblée*, c'est-à-dire durcie contre certaines cibles (criminalité organisée ou terrorisme), au risque de contaminer tout le système par dilatation de la figure ainsi désignée comme l'ennemi<sup>29</sup>.

En France, depuis la suppression, en 1981 et 1982, des juridictions d'exception (tribunaux militaires en temps de paix et Cour de sûreté de l'État), il s'agit essentiellement de répression ciblée et de procédures créées comme autant de circuits parallèles – selon l'expression ingénieuse de Christine Lazerges : de circuits « bison futé »<sup>30</sup>. Très pratiquée au nom de la lutte contre le terrorisme, et plus largement de la lutte contre l'insécurité, cette stratégie, qui permet de contourner les garanties (substantielles et/ou institutionnelles) de l'État de droit, est en apparence conforme au droit, sous réserve d'un contrôle de l'état de nécessité par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme. Encore faut-il faire un tri parmi les nombreuses procédures dérogatoires car au livre IV du Code de procédure pénale (« De quelques procédures particulières »), on dénombre 26 catégories extrêmement disparates. On peut ainsi distinguer les régimes spécialisés pour des raisons techniques des véritables régimes d'exception, à caractère plus politique, imposant au nom de la sûreté de l'État et de la protection de la sécurité (tantôt « quotidienne », loi de 2001, tantôt « intérieure », loi de 2003) des restrictions allant au-delà de la stricte nécessité démocratique. Qu'il s'agisse du droit à la sûreté (garde à vue), de la vie privée (perquisitions et écoutes) ou même de la dignité (traitements inhumains ou dégradants), la tendance à restreindre les garanties substantielles, et donc à contourner l'État de droit, s'est renforcée. D'abord ciblée sur le trafic de stupéfiants, cette restriction s'est élargie dans les années 1980, et surtout après 2001, dans les deux domaines du terrorisme et

28. Ordonnance du juge des référés, Conseil d'État, 9 décembre 2005.

29. DELMAS-MARTY, 1983 et 1990.

30. LAZERGES, 2007, p. 574.

du crime organisé. Le contournement des droits substantiels est facilité car « l'indice déclencheur de la procédure dérogatoire », défini par renvoi à la notion d'infraction « liée au terrorisme » ou « liée à la criminalité organisée », est insaisissable parce qu'imprécis<sup>31</sup>.

En matière de terrorisme, l'imprécision est telle qu'elle nous avait conduits à suggérer, en conclusion des travaux du séminaire de l'année 2008, l'hypothèse suivante: le crime de terrorisme serait un « concept de transition » voué à disparaître au profit d'incriminations plus précises qui permettraient de différencier le régime appliqué aux « terroristes », selon qu'il s'agit de crimes contre l'humanité ou de crimes de droit commun<sup>32</sup>. Une telle clarification serait d'autant plus nécessaire que, à la différence des constitutions d'Allemagne (qui va jusqu'à interdire les juridictions d'exception) ou d'Espagne (qui encadre strictement les dérogations et restrictions aux droits fondamentaux), notre constitution n'a pas évoqué cette question. Aussi le Conseil constitutionnel reste-t-il prudent<sup>33</sup>. Il procède, selon la formule adoptée depuis la loi dite « Sécurité et Liberté » de 1981, à « la conciliation entre l'exercice de libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des infractions et de la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires l'une et l'autre à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ». En pratique, il exerce un contrôle restreint qui ménage la raison d'État, parfois au détriment de l'État de droit.

Ce contournement des droits substantiels s'accompagne parfois de celui des institutions compétentes. On observe en effet la multiplication des commissions et groupes *ad hoc* qui permettent d'éviter ou de retarder le contrôle des autorités administratives indépendantes comme la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) ou la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et les avis de commissions indépendantes comme la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH). Mais c'est au niveau de l'Union européenne que ces formes de contournement « institutionnel » sont à la fois les plus nombreuses et les plus difficiles à repérer: cela, en raison de la complexité des mécanismes européens, notamment par le jeu des coopérations renforcées et des piliers qui ont constitué l'architecture institutionnelle de l'Union européenne. On donnera ici deux exemples, particulièrement significatifs.

En premier lieu, rappelons l'accord *Passenger Name Record* (Union européenne/ États-Unis) sur les données concernant les passagers de compagnies aériennes. La Commission européenne avait négocié directement l'accord en fondant sa compétence sur le premier pilier (la vente d'un billet d'avion relevant des prestations de service au sein de la Communauté européenne), alors que l'objectif de lutte contre le terrorisme, à des fins répressives et pour sauvegarder l'espace de liberté, de sécurité et de justice concernait le troisième pilier, la compétence interétatique étant ainsi contournée. Bien

31. DELMAS-MARTY, « Le terrorisme un concept juridique de transition », dans DELMAS-MARTY et LAURENS, dir., 2009.

32. Séminaire conjoint avec la chaire d'« Histoire contemporaine du monde arabe » (Henry LAURENS), intitulé *Typologie du terrorisme et communauté(s) de valeurs* (4 juin 2008), dont les actes sont à paraître.

33. Voir *infra*, II, p. 478 *sqq.*

qu'il ait été confirmé par une décision du Conseil européen, l'accord passé en 2004 fut donc contesté par le Parlement européen et le contournement censuré par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>34</sup>. L'arrêt reconnaît qu'il s'agit de données initialement collectées dans le cadre d'une activité de prestations de services qui relève bien du droit communautaire (premier pilier), mais précise que toutefois le traitement de ces données est d'une toute autre nature car il est nécessaire, non pas à la prestation de services mais « pour sauvegarder la sécurité publique et à des fins répressives<sup>35</sup> ». D'où l'annulation de l'accord. Malgré cet arrêt, un nouvel accord sera finalement entériné sous une forme à peine modifiée, en juillet 2007.

En second lieu, le traité de Prüm, signé en 2005 par quelques États membres de l'Union européenne (dont l'Allemagne et la France) pour construire une base de données centralisée, implique l'échange d'informations biométriques (données génétiques, empreintes digitales) et de données à caractère personnel. Il applique en réalité le principe « de disponibilité des informations » qui avait été proposé par le programme de La Haye en 2004 et d'abord écarté. En effet, ce principe repose sur la « mutualisation, à l'échelle communautaire, des informations des données des traitements nationaux » et aboutit, selon l'analyse de Jean-Marie Delarue, à « effacer la distinction entre fichiers nationaux et communautaires »<sup>36</sup>. D'où les interrogations qu'il suscite : « pour qui et dans quel but » toute donnée nationale peut-elle être réclamée et transmise aux autres États ou à un État tiers, ou à une organisation internationale ? On comprend que ce principe ait été écarté, en raison des critiques des autorités chargées de la protection des données, d'autant que la question du contrôle reste mal résolue : le nombre important de données saisies contraste avec « les maigres bilans des saisines des autorités nationales ou européennes de contrôle<sup>37</sup> ». Pourtant, limité au départ à sept États, ce qui lui permettait d'échapper aux exigences de la coopération renforcée, le traité de Prüm n'en sera pas moins intégré au cadre juridique communautaire par décision du Conseil européen du 23 juin 2008.

C'est donc chaque fois grâce au Conseil, et avec le soutien des États, que le contournement du circuit institutionnel de droit commun devient possible, malgré les protestations du Haut Commissaire européen aux droits de l'homme<sup>38</sup>. On peut être surpris de voir ces pratiques de contournement avalisées par les États, mais c'est peut-être l'un des effets de l'enchevêtrement des espaces normatifs, de favoriser la mise en œuvre de mesures impopulaires, par une sorte de légitimation croisée. Comme Colombe Camus le souligne à propos de la lutte contre le terrorisme, mais l'analyse vaut en d'autres domaines liés à la protection de la sécurité nationale, il y aurait là un véritable « effet d'aubaine »<sup>39</sup>, le droit communautaire devenant un terrain particulièrement propice au développement de circuits parallèles de décision : « [...] on fait valoir les

34. *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne et Commission européenne* (C-317/04 et C-318/04), 30 mai 2006.

35. *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne et Commission européenne, op. cit.*, § 57.

36. DELARUE, 2009, en part. p. 272 *sqq.*

37. DELARUE, 2009, p. 304.

38. HAMMARBERG, 2008.

39. CAMUS, 2007, p. 109.

impératifs américains pour étouffer les voix critiques au sein du Parlement européen et les « obligations euro » pour inhiber celles des parlements nationaux<sup>40</sup>. » D'où le concept de *policy laundering* (blanchiment politique) forgé en 2004 par plusieurs ONG (*American Civil Liberties Union, Privacy International, Statewatch*). De même que le *money laundering* (blanchiment d'argent) consiste à dissimuler l'origine de fonds acquis de façon délictueuse en les recyclant dans des activités légales, le *policy laundering* consiste à utiliser les institutions internationales pour mettre en place des politiques qui se heurtent à la résistance des institutions nationales. Adoptées comme des décisions auxquelles les États sont tenus de se conformer, ces politiques échappent au débat démocratique : « [...] le recyclage est ainsi réalisé au prix d'un contournement du processus législatif<sup>41</sup>. »

Mais les dérives ne s'arrêtent pas là. Le régime de suspicion, ainsi institué par la suspension et le contournement des garanties de l'État de droit, conduit à la tentation d'un transfert des pouvoirs dans l'État (justice militarisée) et en dehors de l'État (force publique privatisée), au risque d'un véritable détournement de l'État de droit.

### 3. *Détournement de l'État de droit*

La militarisation de la justice a toujours été la tentation des régimes autoritaires. Et la distinction reste, en pratique, incertaine entre les tribunaux militaires à caractère permanent et les juridictions créées à la suite de circonstances exceptionnelles pour réprimer certaines infractions, pendant une période temporaire mais souvent appelées à s'inscrire dans la longue durée. Depuis 2001, des mutations se sont produites dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme », y compris dans des pays démocratiques. Soulignant qu'il en est résulté une sorte de banalisation des juridictions militaires, les auteurs d'une récente étude rappellent que la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations unies ne préconise plus leur suppression mais leur « civilisation » autour de vingt principes directeurs « sur l'administration de la justice »<sup>42</sup>. Façon de prendre le pari que la démocratisation des juridictions militaires serait le « corollaire de la démocratisation du régime politique<sup>43</sup> ». Encore faut-il que la militarisation respecte les garanties de l'État de droit. Qu'il s'agisse de tribunaux militaires à caractère permanent, ou de juridictions d'exception, le transfert du pouvoir de juger aux autorités militaires peut en effet constituer un véritable détournement.

Un exemple, particulièrement significatif, est celui des États-Unis : comme on l'a rappelé ci-dessus, le décret du président Bush n'a pas donné compétence aux tribunaux militaires américains existants mais créé de nouvelles « commissions militaires » dont le statut a permis de graves dérogations par rapport au droit commun et au droit militaire. En janvier 2009, la chef des commissions militaires à Guantanamo, Susan Crawford, reconnaît, au terme d'une enquête de deux années sur les techniques utilisées dans les affaires en cours, que plusieurs détenus ont été torturés, notamment

40. CAMUS, 2007, p. 109-110.

41. CAMUS, 2007, p. 111.

42. Rapport Emmanuel Decaux, 13 janvier 2006, dans LAMBERT ABDELGAWAD, dir., 2007, annexe, p. 649.

43. LAMBERT ABDELGAWAD, dir., 2007, p. 16.

dans l'affaire al-Qahtani, dont elle a refusé de poursuivre l'instruction bien qu'elle le considère comme « *a very dangerous man* »<sup>44</sup>. Ce constat explique d'ailleurs les difficultés de la fermeture du camp de Guantanamo, annoncée par le président Obama. D'autant qu'à la même date, le United States House Committee on the Judiciary publie un volumineux rapport en forme de réquisitoire, intitulé *Reining in the Imperial Presidency – Lessons and Recommendations Relating to the Presidency of George W. Bush*<sup>45</sup>, qui aide à comprendre comment l'usage des pleins pouvoirs par l'administration Bush a pu constituer un détournement de l'État de droit. Au-delà de la suspension admise « *to deter and preempt any future act of terrorism or aggression against the US* », il y a bien détournement dès lors que ces pouvoirs ont été revendiqués et exercés « *far beyond any targeted response to the 9/11 attacks* ». Détournement dans le temps, avec les pouvoirs utilisés 18 mois plus tard pour légitimer l'usage de forces militaires contre l'Irak, et dans le champ d'application, avec la compétence des commissions militaires étendue d'emblée aux citoyens américains.

Le rapport énumère les diverses violations de l'État de droit : institutionnelles, car elles impliquent la politisation de la justice, notamment par le jeu de poursuites sélectives ; substantielles, marquées par des atteintes aux libertés individuelles, telles que les détentions sans accès à la justice fédérale, les interrogatoires sous torture ou les surveillances sans mandat ; et mixtes, en cas de gouvernement dans l'ombre (« *government in the shadow* ») caractérisé notamment par l'usage d'écoutes téléphoniques sans mandat judiciaire, la délocalisation de la détention et de la torture, ou le recours extensif au secret d'État. Si la plupart de ces violations sont passées par la militarisation de la justice pénale, certaines des pratiques dénoncées dans le rapport ont consisté pour l'administration à tenter de cacher ses actions en ayant recours à des entreprises privées pour échapper à sa responsabilité : il s'agit là du second type de détournement de l'État de droit.

Les pratiques de privatisation de la force publique, police ou armée, se sont en effet considérablement développées ces dernières années, aux États-Unis, mais aussi en Europe. Les attentats du 11 septembre 2001 les ont sans doute stimulées, dans la perspective pour les États de mettre en place un régime de suspicion généralisé, tout en échappant à leur responsabilité en cas de violations ; mais le phénomène, marqué par « l'emprise croissante de la pensée libérale sur la gestion des affaires publiques, qui encourage la sous-traitance de fonctions traditionnellement assumées par les États »<sup>46</sup>, remonte plus loin. Nous avons connu le débat en France dans les années 1980, à propos du projet de privatisation des prisons. Le risque de conflit avec l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 fut alors évoqué. La garantie des droits de l'homme « nécessite une force publique : cette force est donc exercée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité de ceux auxquels elle est confiée ». Le désaccord des constitutionnalistes sur la prison entraîna un recul du gouvernement. Mais en toute

44. Voir Bob WOODWARD, « Detainees Tortured, Says US Official », *Washington Post*, 14 janvier 2009.

45. United States House Committee on the Judiciary Majority Staff Report to Chairman John Conyers, Jr, *Reining in the Imperial Presidency – Lessons and Recommendations Relating to the Presidency of George W. Bush*, 13 janvier 2009.

46. GILLARD, 2006, p. 174.

hypothèse, il y avait alors un accord pour dire que l'article 12 interdit le transfert de la force publique quand il s'agit de la police ou de l'armée<sup>47</sup>.

Les pratiques n'en ont pas moins évolué comme en témoigne l'organisation, le 15 décembre 2008, par la présidence française, du « Premier sommet européen de la sécurité privée »<sup>48</sup>. La préface du livre blanc rédigé pour l'occasion incite les États à « coproduire des solutions public-privé de sécurité ». Facilitant les interconnexions entre services de police, publics et privés, et services du renseignement couverts par le secret-défense, en Europe mais aussi à l'échelle planétaire, une telle coproduction risque de rendre quasiment incontrôlables les nouveaux réseaux de sécurité<sup>49</sup>, d'autant que le développement de sociétés militaires privées constitue « un défi supplémentaire pour le droit international pénal<sup>50</sup> ». En définitive, l'ampleur des mutations observées incite à poser plus directement la question du choix entre politiques autoritaires et libérales.

## II – POLITIQUES AUTORITAIRES/POLITIQUES LIBÉRALES

Nous abordons ici la difficile interface entre le juridique et le politique. Difficile car les mutations de l'État de droit évoquées précédemment (suspension, contournement, détournement) semblent exprimer la contradiction de systèmes qui continuent à s'afficher comme libéraux tout en appliquant une politique autoritaire. Certes, toute politique criminelle – au sens large de politiques du contrôle social, pénal et extra-pénal – se donne pour objet d'assurer la cohésion et la survie du corps social en protégeant la sûreté de l'État et la sécurité des personnes et des biens. Mais le régime juridique varie considérablement entre politiques libérales et autoritaires<sup>51</sup>. Alors que les premières encadrent et limitent, au nom des libertés individuelles, les pouvoirs répressifs et préventifs de l'État; les autres font de l'autorité de l'État la valeur première, soumettant le droit aux nécessités de la raison d'État. Ici encore, l'intitulé binaire ne doit pas occulter la complexité des choix politiques qui relèvent d'un triple constat.

Premier constat : les désillusions qui accompagnent souvent les politiques libérales préparent le retour à la raison d'État, au motif (ou au prétexte ?) d'une certaine impuissance du libéralisme face aux dangers, pour la sûreté de l'État comme pour la sécurité des personnes et des biens. C'est ainsi que le juriste français Henri Donnedieu de Vabres, qui sera par la suite juge au tribunal de Nuremberg, dans un ouvrage consacré à *la politique criminelle des États autoritaires*, considère que les systèmes en vigueur dans trois pays autoritaires (Italie fasciste, Allemagne national-socialiste et État soviétique) sont « nés pour prévenir une anarchie menaçante<sup>52</sup> ». Reconnaisant que le potentiel des États libéraux est en théorie « d'un ordre supérieur » – car ils ne soumettent

47. BOULAN, dir., 1987.

48. Isabelle MANDRAUD, « La sécurité privée empiète de plus en plus sur la police en Europe », *Le Monde*, 15 décembre 2008.

49. GILL, 2008.

50. LAMBERT ABDELGAWAD, 2007, p. 156; CARBONNIER, 2004.

51. DELMAS-MARTY, 1990, p. 45 *sq.*

52. DONNEDIEU DE VABRES, 1938, p. 6.

pas la répression à des considérations de race et ne possèdent pas de chambres des aveux spontanés –, il n'en conclut pas moins (en 1938 !) qu'en pratique « la supériorité présente des régimes autoritaires sur les régimes libéraux tient à leur sens de l'actualité, à leur vigueur juvénile, au sentiment qu'ils ont de répondre à des besoins nouvellement manifestés<sup>53</sup> ».

C'est ce climat de désillusion à l'égard des politiques libérales que l'on voit renaître depuis le 11 septembre 2001, non seulement en doctrine mais aussi dans les dispositifs législatifs, et même dans la jurisprudence des cours suprêmes, qui pratiquent parfois une sorte d'autolimitation (*self restraint*). Qu'il soit invoqué contre le terrorisme ou d'autres menaces, l'état de nécessité peut alors entraîner, au nom de la raison d'État intégrée au droit (« nécessité fait loi »), le basculement vers un système autoritaire. Or les illusions créées par les doctrines autoritaires peuvent conduire (deuxième constat) à la déraison d'État quand la nécessité est opposée au droit (« nécessité ne connaît pas de loi »). Au motif de garantir l'ordre public, l'État qui prétend éradiquer toute insécurité, même potentielle, est pris dans une spirale de l'exception, de la suspicion et de l'oppression qui peut aller jusqu'à la disparition plus ou moins complète des libertés, légitimée par une politique de l'État total, résumée par Mussolini : « Tout dans l'État, rien contre l'État, rien en dehors de l'État<sup>54</sup>. »

Le glissement de l'État total vers la déraison a pu être observé en Europe à des degrés divers selon qu'il s'agissait de l'Italie fasciste, de l'Allemagne hitlérienne, de l'État soviétique ou de la France de Vichy. Cependant, la déraison est encore observable dans certaines pratiques contemporaines, aux États-Unis comme en Europe, même s'il ne s'agit pas de la promotion d'un nouvel État total, mais plutôt d'une sorte de doublement par lequel des États présentent un double visage, libéral ou autoritaire, selon qu'il s'agit de la politique économique ou de la politique pénale. Dans un tel « État Janus », les promesses sécuritaires, confrontées aux excès des pratiques répressives et préventives qu'elles engendrent, finissent par devenir, comme dans un État total, sources de déraison. D'où le troisième constat de l'apparition, encore incertaine, d'une politique qui n'est ni purement libérale ni purement autoritaire, s'ajustant aux événements sans renoncer au respect des droits de l'homme. Sans illusion ni désillusion, ce choix se caractérise par la mise en place de dispositifs de résistance qui tendent sinon vers la mise en œuvre directe du droit de résister à l'oppression – à peine suggéré par le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme et ignoré des instruments qui ont suivi –, du moins vers la sauvegarde de la « permanente virtualité de résistance », qui serait « le droit de l'homme par excellence »<sup>55</sup>.

Mais il ne s'agit pas seulement de virtualité. Car les processus de constitutionnalisation et d'internationalisation permettent désormais de confronter la raison d'État à une raison politico-juridique qui transcende l'État. D'où l'expression « raisonner la raison d'État<sup>56</sup> », véritable clé de l'État de droit car la résistance prend alors la forme d'un contrôle juridique de l'état de nécessité dans ses diverses manifestations.

53. DONNEDIEU DE VABRES, 1938, p. 211.

54. Discours à la Chambre des députés, 1927.

55. RIALS, 2008, p. 39.

56. DELMAS-MARTY, dir., 1989.

### 1. *Les désillusions des politiques libérales : retour à la raison d'État*

Il faut relire Henri Donnedieu de Vabres pour tenter de comprendre comment les désillusions suscitées par la conception libérale – qu'il définit comme celle qui « subordonne l'État aux prescriptions d'un droit antérieur et supérieur à lui, aux commandements d'une justice immanente et universelle<sup>57</sup> » – ont pu préparer le retour à la raison d'État, puis faciliter le glissement vers la déraison. D'une part, ses critiques rejoignent celles de l'école positiviste, à l'égard d'une législation pénale présentée comme une « œuvre de théoriciens imbus des principes de la déclaration des droits de l'homme » qui « se heurte à la réalité, plus forte qu'elle » ; d'autre part, il valorise les « leçons » – de réalisme, de solidarité et de sévérité – qu'il invite à tirer de la politique criminelle des États autoritaires<sup>58</sup>. Au nom du réalisme et de la compassion à l'égard des victimes, il préconise une répression accrue à l'encontre des délinquants et une « prophylaxie criminelle » axée sur la dangerosité, qui évoquent le discours et les pratiques sécuritaires actuelles.

On comprend la désillusion mais le risque est de favoriser l'anthropologie guerrière, l'histoire ayant démontré, pour reprendre la métaphore d'Eugenio Raúl Zaffaroni, que toute référence à l'ennemi est comme « une brèche dans la ligne de flottaison de l'État de droit [...] qui inexorablement provoque son naufrage<sup>59</sup> ». On peut craindre, au vu de l'autolimitation pratiquée par la plupart des cours constitutionnelles, que la brèche ouverte depuis le 11 septembre 2001 soit difficile à colmater. Trois exemples illustrent ce propos, qu'il s'agisse de *ménager*, d'*aménager* ou de *défier* la raison d'État.

Le Conseil constitutionnel français a tendance à *ménager* la raison d'État, comme en témoigne, à propos de la rétention de sûreté, sa décision du 21 février 2008. Si l'on rapproche cette décision de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande sur l'internement de sûreté, on voit que les deux cours ont, par des voies différentes, considéré que l'objectif de protection de la sécurité publique l'emportait sur tous les autres arguments, y compris face au risque d'erreur dans le cas d'un internement fondé sur un pronostic attaché à une simple probabilité de récurrence. Plus précisément, Christine Lazerges note qu'entre 2002 et 2009, les neuf lois pénales soumises au Conseil constitutionnel ont été pour l'essentiel validées, parfois avec des réserves d'interprétation et seulement une fois censurée (loi Perben II, mars 2004<sup>60</sup>). Particulièrement significatives sont les décisions concernant les mineurs<sup>61</sup>. Ainsi, dans une décision du 29 août 2002, le Conseil constitutionnel dégage un nouveau « Principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>62</sup> ». En dépit de l'audace apparente, la formulation est ambiguë : loin de garantir, dans l'esprit de l'ordonnance de 1945, le primat de l'éducatif sur le répressif, ce nouveau principe permet, par retour à la législation républicaine antérieure à la Constitution de 1946, de réintroduire la raison d'État. Le Conseil constitutionnel affirme, en effet, que cette législation « ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au

57. DONNEDIEU DE VABRES, 1938, p. 8.

58. DONNEDIEU DE VABRES, 1938, p. 198 *sq.*

59. ZAFFARONI, 2009, voir en part. p. 49-53.

60. Voir Christine LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* (à paraître).

61. LAZERGES, 2008.

62. Décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002 (2002-461 DC).

profit de mesures purement éducatives ». Il souligne, d'ailleurs, que les dispositions « originelles » de l'ordonnance de 1945 « n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de treize ans, la détention »<sup>63</sup>. En invoquant pour les mineurs, comme pour les adultes, « la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions et de prévenir les atteintes à l'ordre public, et notamment à la sécurité des personnes et des biens », le Conseil constitutionnel semble renoncer à la spécificité de la justice des mineurs. Ni en 2002, ni dans les cinq décisions qui suivront<sup>64</sup>, aucune des dispositions modifiant, et parfois bouleversant, l'ordonnance de 1945 ne sera censurée : qu'il s'agisse de créer des « centres éducatifs fermés » ou de consacrer une déspecialisation de la justice des mineurs, tant en droit pénal (applicabilité des peines planchers ou de la rétention de sûreté) qu'en procédure (présentation immédiate, fichage des mineurs).

Si la prudence du Conseil constitutionnel aboutit à *ménager* la raison d'État, on peut considérer que la Cour suprême des États-Unis, un peu plus audacieuse, a tenté d'*aménager* la raison d'État. Son évolution fut lente car la première décision *post* 11 septembre 2001 – l'arrêt *Hamdi v. Rumsfeld* – laisse encore la part belle à la raison d'État. Certes la Cour suprême rappelle que, même en temps de guerre, « la Constitution des États-Unis [...] prévoit un rôle pour les trois branches du pouvoir lorsque les libertés individuelles sont en jeu<sup>65</sup> ». Mais elle se limite alors à reconnaître à Yaser Hamdi le droit de contester sa détention devant un tribunal : la Cour ne remet pas en cause les pouvoirs du président et admet que le maintien en détention de Hamdi plus de deux ans après sa capture en Afghanistan serait justifié par la nécessité, alléguée par le gouvernement, de réunir des informations cruciales pour la guerre contre le terrorisme et d'empêcher les terroristes suspects de rejoindre le conflit armé contre les États-Unis. La Cour apprécie l'état de nécessité par une sorte de pondération entre libertés et sûreté, mais elle accorde plus de poids aux considérations sécuritaires qu'à la privation de liberté à durée indéterminée résultant de la qualification d'« ennemi combattant ». En réalité, il s'agit d'une pondération – impossible entre des « biens sociaux » qui ne sont ni quantifiables ni comparables :

« [...] si la liberté totale pesait autant que la sécurité totale en unités de biens sociaux, si chaque unité supplémentaire de liberté équivalait à une unité corrélative en termes de sécurité, enfin si l'agrégat de liberté et de sécurité restait toujours à somme nulle, alors l'équilibrage judiciaire serait parfaitement éthique, précis et complètement transparent. C'est pourtant un fait que l'équilibrage juridique de la liberté et de la sécurité est tout sauf simple, direct et transparent. On ne peut quantifier les bénéfices de la liberté et de la sécurité – le seraient-ils d'ailleurs, qu'ils n'en seraient pas comparables pour autant<sup>66</sup>. »

63. Décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002 (2002-461 DC).

64. Décisions du Conseil constitutionnel : 13 mars 2003 (2003-407 DC), 2 mars 2004 (2004-492 DC), 3 mars 2007 (2007-553 DC), 9 août 2007 (2007-554 DC), 21 février 2008 (2008-562 DC).

65. Voir *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), p. 539.

66. Sur ce point, voir Michel ROSENFELD, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparée », dans DELMAS-MARTY et LAURENS, dir., 2009.

S'il n'y a pas de liberté sans sécurité, une sécurité dénuée de liberté ne peut être l'objectif d'une démocratie. Il faut pourtant attendre 2006 (l'arrêt *Hamdan*) pour voir la Cour suprême contester la création de commissions militaires par décret du président, obligeant le gouvernement à faire adopter une loi pour maintenir ces commissions militaires, et surtout 2008 (l'arrêt *Boumediene*) pour que la Cour suprême reconnaisse la compétence des cours fédérales pour contrôler les pétitions d'*habeas corpus* introduites par les détenus de Guantanamo non américains et capturés hors des États-Unis<sup>67</sup>. Mais seul le changement politique (élection du nouveau président) pourra permettre, dans des conditions qui restent en débat, le retour à l'État de droit et notamment la fermeture de Guantanamo.

Au Royaume-Uni, la Chambre des lords s'aventure depuis 2001 à *défier* la raison d'État, comme le montre la décision par laquelle, le 16 décembre 2004, elle avait annulé le *Terrorism Act* de novembre 2001, en se fondant sur le *Human Rights Act* de 1998 et en incorporant ainsi la Convention européenne des droits de l'homme à sa décision<sup>68</sup>. Les juges anglais vont plus loin que la Cour suprême, dans la mesure où ils s'engagent sur un contrôle de l'état de nécessité : la détention illimitée d'étrangers n'était pas, selon eux, strictement nécessaire ; elle était, en outre, discriminatoire. Mais l'impact de leur décision est plus faible car la Chambre des lords peut seulement déclarer que la dérogation ou les moyens utilisés pour combattre le terrorisme sont contraires au *Human Rights Act* de 1998 ; elle ne peut invalider les lois récusées. Sa décision n'a permis ni la libération immédiate des intéressés, ni leur indemnisation (d'où le recours de onze d'entre eux à la Cour européenne des droits de l'homme qui accordera à certains des indemnisations). En revanche, en lançant un défi à la raison d'État, elle a constitué une forte pression politique sur le Parlement afin de modifier la loi. En pratique, la loi de 2001 a été abrogée, mais le bras de fer continue car elle a été remplacée en 2005 par un nouveau dispositif de *control order*, c'est-à-dire d'ordonnances d'assignation à domicile assorties d'un placement sous bracelet électronique et de divers contrôles. Ces ordonnances ont été à leur tour contestées devant la Chambre des lords<sup>69</sup> et censurées dans un cas : celui où l'assignation à domicile, de 18 heures par jour, a été jugée équivalente à une détention<sup>70</sup>.

En somme, le retour de la raison d'État ne dépend pas seulement des désillusions objectives mais aussi du degré d'indépendance des juges, de la marge dont ils disposent, et de la répartition des pouvoirs, en théorie comme en pratique. Le paradoxe est le suivant : d'un côté, une démocratie parlementaire comme la Grande-Bretagne, moins attachée à la séparation entre pouvoirs législatif et exécutif qu'une démocratie présidentielle comme les États-Unis, semble plus critique envers la raison d'État ; d'un autre côté, en étant moins attachée à l'indépendance qu'à l'impartialité des juges, elle serait plus protectrice des droits fondamentaux que les cours constitutionnelles continentales. Reste à savoir comment le retour à la raison d'État peut conduire à la déraison d'État dans le prolongement des illusions entretenues par certaines politiques autoritaires.

67. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), *Boumediene v. Bush*, 553 US (2008).

68. Mock, 2006.

69. *Home Secretary v. JJ* [2007] UKHL 45 (31 octobre 2007). Voir CAHN, 2007 ; *Assessing Damage, Urging Action*, ICJ, report on « Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights », 2009.

70. Voir *Draft Prevention of Terrorism Act 2005* (Continuance in Force of Sections 1 to 9), Order 2009. Voir aussi *AE, AF and AN v. Home Secretary* [2009] UKHL, first hearings.

## 2. *Les illusions des politiques autoritaires : la déraison d'État*

Il faut revenir à l'histoire. Quand Henri Donnedieu de Vabres évoque « le duel entre la tradition libérale et ceux qui prétendent restaurer, dans l'ordre interne aussi bien que dans l'ordre international, le principe d'autorité », il souligne que ce duel est « d'autant plus redoutable qu'il ne met pas seulement aux prises avec des intérêts et des idées, mais des sentiments et des idéaux et qu'il est bien, comme on l'a dit, le combat de deux mystiques »<sup>71</sup>. Il ajoutait que cette inspiration mystique de la politique répressive des États autoritaires « froisse la raison » et heurte le sentiment d'humanisme, « parce qu'elle a pour leitmotiv la haine », alors que la haine « n'est pas constructrice »<sup>72</sup>. En 1938, la déraison de l'État total avait commencé à apparaître dans les trois pays qu'il étudiait (Allemagne, Italie et URSS) ; elle s'étendra par la suite à la France de Vichy.

*La déraison de l'État total* s'inscrit, il est vrai, bien avant la guerre, dans les raisons politiques argumentées par des juristes comme Carl Schmitt. Dans les années 1930, il critiquait l'État libéral, total par faiblesse, comparé à l'État total par la force. S'il évoque comme Hobbes la « méchanceté naturelle de l'homme » et se fonde sur la peur de l'état de nature<sup>73</sup>, il s'attache surtout à la critique du libéralisme ; la véritable théorie de l'État total reviendra, après la guerre, à son élève Ernst Forsthoff<sup>74</sup>. Toutefois, par-delà la controverse sur l'adhésion de Schmitt à la politique officielle de « l'identité raciale », il est clair que cette politique, qui prônait l'élimination de tous les éléments « étrangers à la race », conduisait tout droit à la déraison d'État<sup>75</sup>.

Ce qui « froisse la raison », dans les pratiques de l'État hitlérien, c'est aussi qu'il fait l'amalgame de ses thèses racistes avec les arguments prétendus scientifiques de médecins qui pratiquent, à partir de 1932, la sélection raciale. En juillet 1933, une loi autorise, à des fins de prévention, la stérilisation forcée de toute personne souffrant de maladies génétiquement déterminées, terme extrêmement large visant notamment les faibles d'esprit, malades mentaux, alcooliques, aveugles ou sourds de naissance : 350 000 à 400 000 personnes ayant été stérilisées, certains médecins préconisaient d'en arriver aux environs de 10 à 15 % de la population. Il est vrai que les États-Unis avaient pratiqué, à partir des années 1930, la stérilisation de malades mentaux et de condamnés emprisonnés. Ainsi, lors du procès des médecins nazis, la stérilisation forcée ne fut pas considérée comme criminelle. À la fin de l'année 1935, lorsque les lois de Nuremberg retirent la citoyenneté aux juifs et interdisent les mariages mixtes, les promoteurs des théories raciales font valoir leur caractère relativement « libéral », comparé au traitement des noirs aux États-Unis<sup>76</sup>. De même ils se revendiqueront des théories du fameux prix Nobel franco-américain Alexis Carrel<sup>77</sup> sur l'euthanasie des anormaux : pratiquée au nom de la dignité humaine entre octobre 1939 et août 1941, elle tua plus de 70 000 patients des hôpitaux psychiatriques. La stérilisation étant jugée trop lente, la voie était ouverte à l'extermination de masse (des juifs, des homosexuels,

71. DONNEDIEU DE VABRES, 1938, p. 5.

72. DONNEDIEU DE VABRES, 1938, p. 201.

73. SCHMITT, 1938, ici 2002, p. 93 (voir également la préface d'Étienne BALIBAR, p. 26-29).

74. FORSTHOFF, 2001, p. 147.

75. HUMMEL, 2005, p. 87.

76. ANNAS et GRODIN, dir., 1992, p. 19-22.

77. CARREL, 1935.

des communistes, des gitans, etc.). C'est ainsi que naquit l'idée, à partir de la fin de l'année 1941, de déplacer les chambres à gaz des hôpitaux psychiatriques vers les camps d'Auschwitz et de Treblinka, tout en poursuivant dans ces camps divers types d'expérimentations, qu'il s'agisse d'inoculer des maladies pour en observer les effets ou de tester la résistance au froid, à l'eau de mer, etc. Comme l'a parfaitement vu Hannah Arendt, « le dessein n'est pas de transformer le monde extérieur, ni d'opérer une transmutation révolutionnaire de la société mais "de transformer la nature humaine"<sup>78</sup> ».

Si la déraison du régime hitlérien apparaît en pleine lumière – non seulement lors du procès des responsables politiques jugés par le tribunal de Nuremberg, mais aussi lors du procès des médecins par le tribunal américain<sup>79</sup> –, elle est moins visible, mais néanmoins présente, dans la France de Vichy, dès les premières lois de 1940 : comment un juriste aussi attaché que Joseph Barthélémy aux idées libérales, en matière de libertés publiques comme en économie, a-t-il pu devenir le ministre de la justice qui soutiendra de telles réformes ? Stéphane Rials écarte l'explication « marxiste » selon laquelle « un autoritariste sommeille dans tout bourgeois libéral », préférant insister sur « les risques de la vulgate libérale », qui porte en elle sa propre défaite dès lors que la forme législative est respectée. Il cite le discours de Barthélémy devant l'assemblée du Conseil d'État le 30 juin 1940 pour défendre la loi des pleins pouvoirs du 10 juillet : « [...] un régime rationnel d'autorité est un régime de légalité forte, contrôlée et sanctionnée<sup>80</sup>. » Cependant, ce régime « rationnel » tend de plus en plus vers la déraison à mesure que s'accumulent les pratiques couvertes par le ministre (en poste jusqu'en mars 1943) : loi du 17 juillet 1940 permettant aux ministres, par décision discrétionnaire, d'opérer contre les juifs des « relèvements de fonctions » ; loi du 13 août 1940 contre les francs-maçons ; et surtout, loi du 3 octobre 1940 (complétée en 1941) portant sur le statut des juifs et leur interdisant l'accès et l'exercice de certaines fonctions publiques. S'ajoute la création de juridictions spéciales (loi du 30 juillet 1940), telles la Cour suprême de justice pour juger les responsables de la III<sup>e</sup> République et les sections spéciales auprès des tribunaux militaires et des cours d'appel pour réprimer les activités communistes et anarchistes (loi du 23 août 1941) et, au besoin, rejurer certaines affaires par application rétroactive des textes permettant notamment un usage extensif de la peine de mort<sup>81</sup>.

Ce survol historique n'épuise pas la question, dès lors que « les solutions totalitaires peuvent fort bien survivre à la chute des régimes totalitaires, sous la forme de tentations fortes qui surgiront chaque fois qu'il semblera impossible de soulager la misère politique, sociale et économique d'une manière qui soit digne de l'homme<sup>82</sup> ». C'est ainsi que de grandes démocraties, à commencer par les États-Unis, peuvent se transformer en État Janus – dont le visage libéral n'exclut pas, sur l'autre face, le visage autoritaire. Ces grandes démocraties en viendront, dans la période *post* 11 septembre 2001, avec les pratiques de torture, à « justifier l'injustifiable<sup>83</sup> » et à sombrer dans

78. ARENDT, 1951, ici 1972, p. 200.

79. ANNAS et GRODIN, dir., 1992, p. 94 sq.

80. RIALS, 2008, p. 332.

81. Voir *Juger sous Vichy* et *Le Droit antisémite de Vichy*, numéros spéciaux de la revue *Le Genre humain* (n° 28, 1994 ; n° 30 et n° 31, 1996).

82. ARENDT, 1951, ici 1972, p. 202.

83. TERESTCHENKO, 2008.

la déraison. *La déraison de l'État Janus* est peut-être le défi le plus redoutable des temps présents. Au départ, le débat semble pourtant rationnel, illustré par la parabole de la bombe à retardement (*ticking bomb*) : un terroriste a été arrêté, soupçonné d'avoir posé une bombe qu'il est encore possible de désamorcer s'il parle à temps. Dans ces conditions, n'est-il pas légitime d'utiliser la torture pour sauver peut-être des milliers de vies humaines ? Présentée ainsi, la question induit la réponse et le bon sens inviterait à concilier la torture avec l'idéologie libérale. L'argument utilitaire, retenu par la Cour suprême d'Israël en 1999<sup>84</sup>, semble imparable. Il sera repris plus largement après le 11 septembre 2001, non seulement par la doctrine, mais plus officiellement par l'administration du président Bush (et de façon atténuée par la Cour constitutionnelle allemande)<sup>85</sup>.

Alan Dershowitz utilise le cas, en apparence convaincant, d'Abdul Hakim Murad, accusé d'appartenir à Al-Qaïda, torturé pendant 67 jours, dont les révélations auraient permis de déjouer une série d'attentats sur des avions de ligne et sauvé ainsi des milliers de vies humaines<sup>86</sup>. Or il semble qu'il ait donné les informations cruciales dans les minutes qui ont suivi son arrestation, avant d'être torturé : la plupart des détails obtenus ensuite, lors des séances de torture, n'auraient été que des fabrications de la police que le détenu répétait dans l'espoir de cesser de souffrir<sup>87</sup>. En toute hypothèse, quelle urgence immédiate pourrait justifier 67 jours de torture ? En réalité la situation ne se présente jamais de façon aussi simple et la raison utilitaire (état de nécessité) devient déraison, dès qu'on l'examine concrètement : d'une part, l'épreuve de la souffrance renforce certains suspects au lieu de les affaiblir ; d'autre part, les mensonges parfois proférés sous la torture peuvent conduire à des catastrophes. Les révélations du libyen al-Shayikh, arrêté le 11 novembre 2001 par les autorités du Pakistan, en témoigne : ces révélations concernaient l'Irak (les liens clandestins avec Al-Qaïda et surtout les prétendues armes de destruction massive qui serviront de justification à l'invasion de l'Irak par les troupes américaines en 2003). À cet égard, le rapport précité de la Commission des lois<sup>88</sup> est exemplaire : quand il énumère les pratiques recommandées par l'administration du président et les techniques utilisées pour l'interrogatoire des suspects, inspirées notamment d'un entraînement aux techniques utilisées par la Chine communiste pendant la guerre de Corée ; ou quand il évoque les mémorandum (2002, 2003) et autres interventions officielles approuvant l'usage du *waterboarding* (torture par l'eau) par la CIA ; ou encore, quand il décrit avec une minutie effroyable les techniques utilisées à Guantanamo (puis reprises à Abu Ghraib). La Recommandation (R 14) est sans équivoque : « [...] *the incoming administration should end torture and abuse.* » Elle marque la résistance politique du dispositif américain.

84. HCJ 5100/94, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel* (1999) ; voir AMBOS, 2008.

85. BVerfG, 2 BvR 1249/04, 14 décembre 2004.

86. DERSHOWITZ, 2002.

87. TERESTCHENKO, 2008, p. 127.

88. United States House Committee on the Judiciary Majority Staff Report to Chairman John Conyers, Jr, *Reining in the Imperial Presidency – Lessons and Recommendations Relating to the Presidency of George W. Bush* (op. cit., voir supra, n° 45).

### 3. Les dispositifs de résistance : raisonner la raison d'État

Loi « non écrite » depuis Antigone, la résistance à la déraison d'État n'est pas seulement entrée dans le discours politique, mais aussi dans les pratiques juridiques et judiciaires selon des dispositifs qui ont varié, de la résistance à l'oppression jusqu'au contrôle de l'état de nécessité. Résister à l'oppression relève d'une longue histoire. Le protestant François Hotman, dans sa *Franco-Gallia* de 1573, avait fait du *Discours sur la servitude volontaire* d'Étienne de la Boétie (1548) le support d'un droit de résistance – expression qui se banalisera après la révocation de l'édit de Nantes en 1685. Mais c'est seulement un siècle plus tard, sous l'influence de Locke, que le droit du peuple de « changer le gouvernement » sera inscrit dans la Déclaration américaine de 1776, dès lors qu'une « longue suite d'abus et d'usurpations tendent invariablement au même but de le soumettre au despotisme absolu ».

Cette vision anglo-américaine fera retour en France par l'intermédiaire de La Fayette qui invite Thomas Jefferson, l'un des pères fondateurs de la Constitution des États-Unis, à Paris, en août 1789, alors que l'Assemblée est en train d'adopter les premiers articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>89</sup>. Plus concis, l'article 2 de la Déclaration énonce : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. » Mais ni la rébellion individuelle ni l'insurrection collective n'apparaissent dans le bloc de constitutionnalité (ce sera seulement le cas dans la Déclaration de 1793). Si le Conseil d'État reconnaît au fonctionnaire le droit de désobéir à un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public<sup>90</sup>, le Conseil constitutionnel ne semble guère avoir fait usage de la résistance à l'oppression, qualifiée d'« antilogie juridique et oxymore politique » dont les effets seraient néanmoins symboliques car il modifie la représentation que les individus se font de leur relation au pouvoir<sup>91</sup>.

Faut-il pour autant lier le droit de résistance et le droit de nécessité, attaché à l'état d'exception, comme « deux faces d'une même médaille » situées « hors du droit et hors de la politique »<sup>92</sup>? Échappant aux preuves rationnelles, l'entrée en résistance découlerait « d'un réflexe de survie, d'un instinct quasi animal de sauvegarde de ce que l'on croit essentiel pour la vie de la communauté politique<sup>93</sup> ». Quelle que soit sa signification historique, cette approche est juridiquement dépassée car dans le prolongement du « droit de résistance à l'oppression », divers « dispositifs de résistance » ont introduit en droit constitutionnel, mais surtout dans le droit international des droits de l'homme, une argumentation juridique rationnelle qui encadre les limitations aux droits fondamentaux, même dans les situations extrêmes. Plutôt que « d'un habillage rhétorique de la loi du plus fort », il s'agit d'une véritable rhétorique de la raison d'État qui permet de contrôler l'état de nécessité.

89. GROS, « Qu'est-ce que le droit de résistance à l'oppression? », dans GROS et CAMY, dir., 2005, p. 14.

90. Conseil d'État, *Sieur Langneur*, 10 novembre 1944, *Rec. Lebon*, à propos de l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 sur le statut des fonctionnaires.

91. GROBON, 2008.

92. SAINT-BONNET, 2005.

93. SAINT-BONNET, 2005, p. 240.

Il est vrai que cette rhétorique est construite sur « une batterie de superlatifs et d'adverbes<sup>94</sup> ». Mais ils ont l'utilité, en reflétant la polymorphie de la raison d'État<sup>95</sup>, de permettre le contrôle de l'état de nécessité, dans sa nature et dans ses conséquences. Encore faut-il que le juge, national ou international, exerce un contrôle. L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme démontre que c'est possible. Certes, l'état de nécessité permet des limitations aux droits de l'homme. Toutefois, la Convention européenne des droits de l'homme fait des distinctions. S'il s'agit de circonstances exceptionnelles, au sens indiqué plus haut de « danger public menaçant la vie de la nation » (art. 15), elle permet des dérogations à la plupart des droits fondamentaux. S'il s'agit de l'ordre public au sens large, elle permet tout un jeu d'exceptions limitativement énumérées (art. 2 et 5) et de restrictions, admises si elles sont « nécessaires dans une société démocratique » (art. 8 à 11). Mais dans tous les cas (dérogations, exceptions et restrictions), la Cour européenne des droits de l'homme contrôle le respect du cadre juridique et notamment de la proportionnalité : chaque qualificatif compte et la Cour distingue la mesure simplement « opportune, raisonnable ou normale » (art. 5), la mesure « absolument nécessaire » (art. 2, § 2), « strictement nécessaire » (art. 6, § 1), ou encore la « stricte mesure » exigée par la situation (art. 15). Il ne faut pas se moquer : c'est précisément ce travail minutieux sur les adjectifs et les adverbes qui permet de « raisonner la raison d'État<sup>96</sup> » et de réduire les risques d'oppression<sup>97</sup>. La minutie évite à la fois la déraison des politiques autoritaires et les désillusions nées de l'impuissance supposée des politiques libérales. La raison en est que le dispositif légitime des limitations aux droits fondamentaux, mais pas n'importe lesquelles, et résiste aux limitations disproportionnées.

Dès son premier arrêt – alors que la république d'Irlande, qui considérait l'IRA comme terroriste, avait invoqué l'article 15 pour légitimer la détention administrative – la Cour européenne des droits de l'homme aurait pu s'en tenir à un contrôle restreint. Au contraire, elle s'est attachée à préciser les trois conditions requises pour procéder à une telle détention<sup>98</sup>. Tout d'abord, l'expression de « danger public menaçant la vie de la nation » désigne « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État » : aussi la Cour vérifie-t-elle les motifs qui ont déterminé le gouvernement irlandais à invoquer l'article 15. Elle s'assure ensuite que les mesures prises correspondent au but en vue duquel elles étaient prévues et ne dérogent aux obligations résultant de la convention que « dans la stricte mesure où la situation l'exige », en analysant les modalités de la détention administrative du requérant Lawless (ancien membre de l'IRA). Enfin, la Cour examine si les mesures dérogatoires n'entrent pas « en contradiction » avec les autres obligations résultant du droit international. Cette notion de « danger public » vient d'être appliquée pour la première fois

94. SAINT-BONNET, 2005, p. 236.

95. CATTEEUW, 2006.

96. DELMAS-MARTY, dir., 1989.

97. KARAGIANNIS, 2008.

98. Cour européenne des droits de l'homme, *Lawless c. Irlande*, 1<sup>er</sup> juillet 1961 ; Comité des droits de l'homme ONU, *Observation générale n° 29 sur l'application de l'article 4 du Pacte sur les droits civils et politiques*, 31 août 2001.

aux attentats de New York, invoqués par le Royaume-Uni pour légitimer des rétentions illimitées d'étrangers<sup>99</sup>.

Pour revenir à l'époque de Lawless, rappelons que la France se trouvait alors sous l'emprise de l'article 16, à la suite du putsch des généraux de l'OAS en avril 1961. Mais le maintien de l'article 16, après un rapide retour à l'ordre, ne servait plus à lutter contre la subversion armée: il était devenu, selon la formule d'Emmanuel Decaux, « prétexte pour empêcher l'Assemblée de débattre des affaires agricoles<sup>100</sup> ». Du coup, on comprend la lenteur du processus de ratification: alors que la France avait joué un rôle moteur dans le processus d'élaboration et que la Cour était présidée par René Cassin, il faudra attendre 1974 pour voir ratifier cette convention de 1950 (et 1981 pour le recours individuel). On comprend aussi, tout en le regrettant, que la ratification ait été assortie de réserves précisant que les circonstances énumérées par l'article 16 de la Constitution et par la loi de 1955 sur l'état d'urgence doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 et que l'interprétation des termes « dans la stricte mesure où la situation l'exige » ne saurait limiter le pouvoir du président de prendre les mesures exigées par les circonstances. Il se pourrait en outre que la liste des droits indérogeables, ceux que les États doivent respecter en toute hypothèse, au premier rang desquels figure l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants<sup>101</sup>, ait freiné les négociateurs dans les années correspondant à la guerre d'Algérie<sup>102</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme contrôle aussi les conséquences de l'état de nécessité et distingue des degrés dans les dispositifs de résistance. Elle reconnaît ainsi la complexité de ce monde dangereux et évite les excès du dogmatisme juridique. Le régime juridique des limitations varie entre les droits selon le degré de protection dont ils relèvent: une protection absolue (droits indérogeables, même en cas de circonstances exceptionnelles, comme l'est celui de la dignité); une protection quasi absolue (droits indérogeables mais admettant des exceptions, voir l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme concernant le droit à la vie); une protection relative forte (droits dérogeables et soumis à des exceptions limitatives, voir l'article 5 portant sur la liberté d'aller et venir); une protection faible (droits dérogeables et soumis à des restrictions plus larges, voir les articles 8 à 11 sur la vie privée et la liberté d'expression). Seront ainsi censurées, par exemple, les détentions non visées par l'article 5, notamment quand elles sont fondées sur la seule dangerosité; étant observé que la Cour assimile à la détention une assignation à résidence sur l'île italienne d'Asinara, occupée aux neuf dixièmes par un pénitencier<sup>103</sup>. C'est d'ailleurs en transposant cette analyse aux ordonnances d'assignation à domicile, substituées à l'internement illimité des étrangers soupçonnés de participation à des activités terroristes, que la Chambre des

99. Cour européenne des droits de l'homme, *A et autres c. Royaume-Uni*, 19 janvier 2009. La Cour a été saisie malgré la censure de la loi de 2001 par la Chambre des lords, car celle-ci n'avait pas compétence pour indemniser les intéressés.

100. DECAUX, 1998, p. 270.

101. Cour européenne des droits de l'homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978.

102. Voir *Juger en Algérie, 1944-1962*, numéro spécial de la revue *Le Genre humain* (n°32, 1997).

103. Cour européenne des droits de l'homme, *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980.

lords a pu censurer la loi de 2005 qui avait remplacé la loi de 2001 sur les détentions d'étrangers<sup>104</sup>.

Ces quelques exemples illustrent, parmi beaucoup d'autres, comment, malgré la tentation autoritaire, les dispositifs de résistance peuvent permettre de maintenir un État de droit. Mais ils montrent aussi la nouveauté des mutations de l'État de droit dans un monde qui s'internationalise, car les dérives autoritaires sont censurées tantôt par le juge national, devenu gardien d'un droit international qui l'émancipe du droit national, tantôt par le juge international lui-même. Dans l'un et l'autre cas, l'État de droit n'est plus identifié par référence au seul droit étatique, mais à un droit interétatique, voire supra-étatique, qui enrichit mais complexifie les dispositifs de résistance à la raison d'État.

#### LISTE DES RÉFÉRENCES

- ACKERMAN (Bruce), 2006, *Before the Next Attack*, New Haven, Yale University Press.
- ACKERMAN (B.), 2008, « Le droit et la lutte contre le terrorisme. L'évolution de la lutte contre le terrorisme » (entretien avec Julien CANTEGREIL), *Archives de philosophie du droit*, vol. 51, p. 243-251.
- AGAMBEN (Giorgio), 2003, *État d'exception. Homo sacer*, Paris, Le Seuil.
- AMBOS (Kai), 2008, « May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents? », *Journal of International Criminal Justice* (special issue, *The Law of Cruelty. Torture as an International Crime*), vol. VI, p. 261-288.
- ANNAS (George) et GRODIN (Michael), dir., 1992, *The Nazis Doctors and the Nuremberg Code*, Oxford, Oxford University Press.
- ARENDRT (Hannah), 1951, *Le Système totalitaire, les origines du totalitarisme*, rééd. Paris, Le Seuil, 1972.
- BARRET-KRIEGEL (Blandine), 1979, *L'État et les esclaves. Réflexions pour l'histoire des États*, Paris, Calmann-Lévy.
- BARRET-KRIEGEL (B.), 1992, « État de droit », dans *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, p. 415-418.
- BIGO (Didier) *et al.*, dir., 2008, *Suspicion et exception*, Paris, L'Harmattan.
- BOULAN (Fernand), dir., 1987, *Les Prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, Paris, Economica.
- CAHN (Olivier), 2007, « Décision de la Chambres des lords du 31 octobre 2007 », [http://www.droits-libertes.org/article.php3?id\\_article=80](http://www.droits-libertes.org/article.php3?id_article=80).
- CAILLE (Pascal), 2007, « L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 2, p. 324-353.
- CAMUS (Colombe), 2007, *La Guerre contre le terrorisme*, Paris, Le Félin.
- CARBONNIER (Gilles), 2004, « Privatisations, sous-traitance et partenariats public-privé : charity.com ou business.org ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 86, p. 725-743.
- CARREL (Alexis), 1935, *L'Homme cet inconnu*, rééd. Paris, Omnibus, 1999.
- CATTEEUW (Laurie), 2006, « La polymorphie de la raison d'État », *Revue de synthèse*, n° 1, p. 185-197.

104. *Home Secretary v. JJ* [2007] UKHL 45, 31 octobre 2007.

- CATTEEUW (L.), 2008, *Censures et raisons d'État aux origines de la modernité politique. Dialogues franco-italiens des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles*, thèse dact., Université de Paris X-Nanterre.
- CERDA-GUZMAN (Carolina), 2008, « La Constitution : une arme efficace contre le terrorisme ? », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 73, p. 41-63.
- CHEVALLIER (Jacques), 2008, « L'État de droit comme standard », dans Id., *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, p. 175-179.
- DECAUX (Emmanuel), 1998, « Crise de l'État de droit, droit de l'état de crise », dans *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, p. 267-288.
- DELARUE (Jean-Marie), 2009, « L'Europe des fichiers. Dialogues des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », dans *Le Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, p. 233-304.
- DELMAS-MARTY (Mireille), 1983, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica.
- DELMAS-MARTY (M.), dir., 1989, *Raisonnement la raison d'État*, Paris, Presses universitaires de France.
- DELMAS-MARTY (M.), 1990, *Les Grands Systèmes de politique criminelle*, Paris, Presses universitaires de France.
- DELMAS-MARTY (M.), 2007, « La construction d'un État de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation », dans DELMAS-MARTY (Mireille) et WILL (Pierre-Étienne), dir., *La Chine et la démocratie*, Paris, Fayard, p. 551-576.
- DELMAS-MARTY (M.) et LAURENS (Henry), dir., 2009, *Typologie du terrorisme et communauté(s) de valeurs*, Paris, CNRS Éditions (à paraître).
- DERSHOWITZ (Alan), 2002, *Why Terrorism Works? Understanding the Threat, Responding the Challenge*, New Haven, Yale University Press.
- DESPOUY (Leandro), 1997, « Tenth Annual Report and List of States Which, Since 1<sup>st</sup> January 1985, Have Proclaimed, Extended or Terminated a State of Emergency », 23 juin (E/CN.4/Sub.2/1997/19).
- DONNEDIEU DE VABRES (Henri), 1938, *La Crise moderne du droit pénal. La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, Sirey.
- FORSTHOFF (Ernst), 2001, « L'État total », dans TAVERSO (Enzo), dir., *Le Totalitarisme. Le xx<sup>e</sup> siècle en débat*, Paris, Le Seuil, p. 146-150.
- GILL (Peter), 2008, « Les nouveaux développements des réseaux de sécurité et de renseignement », dans BIGO (Didier), BONELLI (Laurent) et DELTOMBE (Thomas), dir., *Le Contre-Terrorisme global : guerre et surveillance généralisée*, Paris, La Découverte, p. 104-117.
- GILLARD (Emanuela-Chiara), 2006, « *Business Goes to War*. Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : sociétés militaires, sociétés de sécurité privée et le droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, p. 173-224.
- GREWE (Constance) et SOMMERMANN (Karl-Peter), 2002, « L'Allemagne », dans *Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux*, dossier de l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XVIII, p. 71-90.
- GROBON (Sophie), 2008, « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique », dans CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique) et LOCHAK (Danièle), dir., *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de l'Université de Paris X, p. 139-163.
- GROS (Dominique) et CAMY (Olivier), dir., 2005, *Le Droit de résistance à l'oppression*, numéro spécial de la revue *Le Genre humain*, n° 44.
- HALPÉRIN (Jean-Louis), 2001, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX<sup>e</sup> siècle », *Droits*, n° 33, p. 41-52.

- HAMMARBERG (Thomas), 2008, « Lutte contre le terrorisme et protection du droit au respect de la vie privée », Strasbourg, 10 décembre, document thématique (CommDH/IssuePaper, 2008-3).
- HEUSCHLING (Luc), 2002, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz.
- HUMMEL (Jacky), 2005, *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Paris, Michalon.
- JOUANJEAN (Olivier), dir., 2001, *Figures de l'État de droit, le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg.
- KARAGIANNIS (Syméon), 2008, « Qu'est-il, en droit international, le droit à la résistance devenu ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 76, p. 950-1005.
- LAMBERT ABDELGAWAD (Élisabeth), 2007, « Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, p. 156-168.
- LAMBERT ABDELGAWAD (É.), dir., 2007, *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*, Paris, Éditions des archives contemporaines.
- LAZERGES (Christine), 2007, « Dédoublage de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », dans *Les Droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, p. 573-589.
- LAZERGES (C.), 2008, « Les limites de la constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Archives de politique criminelle*, n° 1, p. 5-23.
- MANIN (Bernard), 2008, « The Emergency Paradigm and the New Terrorism. What if the End of Terrorism Was Not in Sight ? », dans BAUME (Sandrine) et FONTANA (Biancamaria), dir., *Les Usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Michel Houdiard, p. 136-171.
- MOCK (Hanspeter), 2006, « Guerre contre le terrorisme et droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 65, p. 23-34.
- MONOD (Jean-Claude), 2007, « La déstabilisation du droit de la guerre : vers un droit international d'exception ? », dans *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, Le Seuil, p. 121-154.
- QUESTIAUX (Nicole), 1982, *Étude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'état de siège ou d'exception*, Commission des droits de l'homme, ONU, 27 juillet (E/CN.4/Sub.2/1982/15).
- RIALS (Stéphane), 2008, *Oppressions, résistances*, Paris, Presses universitaires de France.
- SAINT-BONNET (François), 2001, *L'État d'exception*, Paris, Presses universitaires de France (Léviathan).
- SAINT-BONNET (F.), 2005, « Droit de résistance et état d'exception », dans GROS et CAMY, dir., 2005, p. 225-244.
- SCHMITT (Carl), 1922, *Théologie politique : quatre chapitres sur la théorie de la souveraineté*, rééd. Paris, Gallimard, 1988.
- SCHMITT (C.), 1938, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Hobbes*, rééd., préf. Étienne BALIBAR, trad. Denis TRIERWEILER, Paris, Le Seuil, 2002.
- TERESTCHENKO (Michel), 2008, *Du bon usage de la torture, ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, Paris, La Découverte.
- TROPER (Michel), 2007, « L'État d'exception n'a rien d'exceptionnel », dans THÉODOROU (Spyros), dir., *L'État d'exception dans tous ses états*, Marseille, Éditions Parenthèses, p. 163-176.
- ZAFFARONI (Eugenio Raúl), 2009, « Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants », dans *Droit pénal de l'ennemi, droit pénal de l'inhumain*, dossier de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, p. 43-57.