

Urgence et Etat de droit. Le gouvernement d'exception dans la théorie constitutionnelle.¹

2002~

Résumé :

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

« Les commodités des sujets qui ne regardent que la vie présente, peuvent être réduites sous quatre genres. 1. Qu'ils soient protégés contre les ennemis de dehors. 2. Que la paix soit entretenue au-dedans. 3. Qu'ils s'enrichissent autant que le permet la sûreté publique. 4. Qu'ils jouissent d'une innocente liberté. Car ceux qui gouvernent l'État, ne peuvent point contribuer davantage à la félicité publique, que d'éloigner les troubles des guerres civiles ou étrangères, afin que chacun puisse jouir en repos des biens qu'il s'est acquis par son industrie ».

Thomas Hobbes, *De cive*, XIII.6

Introduction.

L'attaque terroriste du 11 septembre 2001 au cœur de Manhattan a rouvert un débat qui a traversé l'occident depuis l'antiquité romaine : celui du rapport entre la sécurité et l'ordre de la cité, d'un côté, et la protection des droits individuels, qui sont la raison d'être du gouvernement, de l'autre. Le juge de la Cour suprême américaine Robert H. Jackson, dans son opinion dissidente d'un arrêt

¹ John Ferejohn et Bernard Manin ont souvent discuté avec moi des questions abordées dans ces notes. Je tiens à les en remercier. Ils ne sont évidemment pas responsables de mes erreurs et de mes obstinations.

célèbre (*Korematsu v. United States*, 1944)² faisait observer que la protection de la constitution suppose celle de la société et que le pouvoir exécutif a le droit, ou plutôt le devoir de choisir les moyens les plus adéquats et les plus efficaces pour la protection des citoyens. La question, le cœur du drame pour prendre une métaphore littéraire, est celle du coût que l'on est prêt à payer en termes de droits individuels devant le danger ou la menace qui peuvent surgir de l'extérieur ou de l'intérieur de la société, et risquer de la détruire. Le souverain, dit la théorie moderne de l'Etat, est celui qui décide de la menace, de son existence comme de la détermination des moyens nécessaires pour en venir à bout. Le droit public, depuis l'antiquité, a bâti la figure juridique du gouvernement d'exception comme instrument destiné à protéger en même temps la société, en cas de danger, et les droits des citoyens, sur la longue période. C'est sur cette figure du gouvernement d'exception que nous allons nous arrêter ici, pour essayer de tracer une carte des difficultés posées par l'exercice de pouvoirs d'exception et dresser une liste de questions à propos desquelles citoyens et gouvernants n'ont pas cessé de s'interroger depuis l'invention de la dictature sous la République romaine.

1. La norme et l'exception

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

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

² Le texte de l'opinion de Jackson est traduit en français dans : E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, pp. 517-520.

exceptionnellement, elle se produit, une justification, l'absence de justification représentant une déviation par rapport à la déviation.

Par norme, on entend aussi, dans l'ordre de la logique, de l'éthique et du droit, “ un commandement, un ordre ou une prescription ”³. En droit public, la Constitution (qu'elle soit écrite ou non) représente un “ ensemble de normes ” (ou de “ conventions ”, dans les constitutions non écrites, comme à Rome ou au Royaume-Uni) qui s'adressent aux gouvernants, aux autorités publiques et que ceux-ci doivent respecter⁴.

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

Il importe de souligner d'emblée que le champ de notre analyse se rapporte au “ gouvernement d'exception ” comme exception ou “ dérogation ” par rapport au “ gouvernement constitutionnel ”, ici entendu au sens de gouvernement “ normal ou ordinaire ”⁵. En effet, il est nécessaire pour comprendre ce qu'on définit comme exception de déterminer la norme de référence.

2. Déroger

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

Kelsen, dans son œuvre posthume citée plus haut, la *Théorie générale des normes*, consacre tout un chapitre à ce concept de dérogation/abrogation⁶. Il n'est pas

³ Cf. Hans Kelsen, *Théorie générale des normes (Die allgemeine Theorie der Normen)*, Paris, PUF, 1996, pp. 2-3.

⁴ Une question, qu'il n'est pas possible d'aborder ici, consiste à se demander pourquoi ces normes, au sens que Kelsen donne à ce terme, sont en mesure d'obliger les acteurs du système politique.

⁵ Nous insisterons plus loin sur les régimes qui régulent le gouvernement d'exception et l'inscrivent dans l'ordre constitutionnel lui-même.

⁶ Cf. notamment pp. 139-150 de la traduction française.

possible de faire ici un commentaire complet du texte de Kelsen, mais remarquons simplement ceci.

Le Robert définit “dérogação” comme l’antonyme de “conformité, observance, observation” (ajoutons, pour ce qui nous concerne, à une norme juridique). La dérogação serait donc une “différence permise”, dans certaines circonstances, justifiée, donc et en tout cas justifiable, ici au sens de “qui doit être justifiée”⁷.

Or le sens du mot latin est un peu différent. “*Derogare*”⁸ s’oppose à et doit être distingué de “*abrogare*”⁹ et “*obrogare*”¹⁰. On le voit dans un texte canonique de Cicéron¹¹ : “*Hinc legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest*”¹², qu’on peut traduire par : “Il n’est pas consenti de modifier cette loi, il n’est pas permis non plus d’en supprimer une quelconque partie, ni de l’abroger en son entier.” Il y a là, dans cette dimension de “l’inapplication partielle”, une idée très importante en ce qui concerne la dérogação constitutionnelle que représente l’état d’exception, qui ne doit pas manquer de retenir l’attention du lecteur.

Nous avons, donc :

1. la norme (en droit public : la Constitution ou, plus exactement, le gouvernement régulier) ;
2. la dérogação (le gouvernement d’exception) ;
3. la justification de la dérogação.

Ce qui renvoie à un autre couple conceptuel :

1. l’urgence, l’émergence, en somme, des circonstances spéciales qui doivent justifier la dérogação, définie comme un écart, une suspension partielle, d’un côté ;
2. le principe supérieur qu’on veut défendre, préserver, sauvegarder en face de ces circonstances extraordinaires (la *positive Verfassung* – la constitution

⁷ Justifier vis-à-vis de qui ? C’est une autre question capitale que nous laisserons cependant de côté ici.

⁸ Casser une loi partiellement, ne l’appliquer “qu’en partie”.

⁹ Casser une loi “dans sa totalité”.

¹⁰ Abroger une loi “en la substituant à une autre”.

¹¹ Cf. Cicéron, *De Republica*, III, 22.

¹² La version française de Kelsen contient un certain nombre d’erreurs d’orthographe dans la citation latine, qu’on a ici restituées.

positive – disait Carl Schmitt, à laquelle on peut sacrifier les *Verfassungsgesetze* – les lois constitutionnelles), d'un autre côté.

3. Dualisme et typologies

Considérons la dichotomie suivante :

(A) “ Gouvernement régulier ”

(B) “ Gouvernement d'exception ”.

3.0. Monismes

Certaines doctrines (que nous allons qualifier de “ monistes ”) prétendent qu'il n'y a pas de différence entre (A) et (B), soit parce qu'il serait possible de tout réduire à la logique juridique du gouvernement régulier (c'est le cas de Leibniz et de Condorcet), soit en vertu de l'identité entre l'action même du gouvernement et le principe “ *salus populi suprema – et sola – lex esto* ” (le salut du peuple est loi suprême – et la seule), comme chez Thomas Hobbes et la plupart des doctrines absolutistes¹³. Hobbes, au chapitre XXX du *Léviathan*, écrivait ainsi : “ *Summi imperantis officia [...] manifeste indicat institutionis finis nimirum salus populi*¹⁴.” Ici le “ salut public ” est la norme du gouvernement, non celle qui justifie une dérogation vis-à-vis du gouvernement régulier ; il renvoie, bien au contraire, à la forme ordinaire de celui-ci¹⁵.

¹³ Pas celles, en revanche, de la raison d'État.

¹⁴ Version latine où apparaît la formule “ *salus populi* ” ; la traduction française de François Tricaud (Paris, Sirey, 1971, p. 357) dit : “ La fonction du souverain (qu'il s'agisse d'un monarque ou d'une assemblée) est contenue dans la fin pour laquelle on lui a confié le pouvoir souverain, et qui est le soin de la sûreté du peuple. ”

¹⁵ On peut remarquer que chez Hobbes il n'y a pas de place pour le gouvernement d'exception car dans son univers conceptuel l'exception et la norme coïncident. La nature extrême du conflit et de la menace qui caractérisent sa conception de la société permettent cette *reductio ad unum* de la règle et de l'exception. N'oublions pas que Hobbes avait devant ses yeux une société traversée par la violence extrême des guerres civiles de religion. Son état de nature n'est que la version abstraite et stylisée de ce type de conflits irréductibles. Et le Léviathan (l'état absolu), constitue la réponse à l'état de nature, lui même métaphore du conflit de religion.

L'identité de la norme et de l'exception a pour le philosophe anglais un fondement ontologique dans la réalité du conflit. En revanche, chez Carl Schmitt l'exception a un rôle privilégié du point de vue épistémique, celui de la construction des concepts : ce n'est que le cas d'exception qui permet, pour le juriste allemand, la compréhension de la réalité, dont le

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

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

3.1 Dualisme romain

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

La forme minimaliste de (A) est la “ constitution romaine ” républicaine, telle qu'elle est présentée¹⁶ par Polybe dans le livre VI de ses *Histoires* : sa structure polyarchique est une variante de ce que les Grecs ont appelé “ régime ou constitution mixte ”. Elle se caractérise par l'existence d'une pluralité de magistratures¹⁷ : les consuls, le sénat, les tribunes et les comices, ainsi que par la “ provocatio ad populum ”, c'est à dire la possibilité et le droit, pour le citoyen romain, de soumettre la condamnation à la peine capitale à la tenue d'un procès régulier de la part des autorités publiques¹⁸.

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

Nous avons, donc, chez les romains les dichotomies suivantes :

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

cas normal ne présenterait qu'une version ou variante affaiblie et donc non essentielle. Une thèse hautement discutable.

¹⁶ En réalité, il faudrait sans doute parler à son propos d'une véritable création.

¹⁷ Pluralité qui justifie le qualificatif de polyarchique.

¹⁸ C'est ce contexte juridique qui permet de parler à raison de “ liberté des Romains ” dans un sens qui n'est pas simplement celui de la participation politique, comme l'ont prétendu, à tort, Benjamin Constant, d'abord, et Isaiah Berlin, après lui.

À l'intérieur de la tradition républicaine, ce modèle¹⁹ a survécu, sans avoir beaucoup attiré l'attention, même celle des spécialistes, dans l'œuvre de Machiavel, de Harrington et de Rousseau, jusqu'à prendre une forme singulière (la dictature collégiale et politiquement responsable du Comité de salut public) sous la Révolution française.

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

3.2. Dualisme anglais

Il existe un autre modèle qu'on peut considérer comme dualiste, du moins si l'on s'en tient à la distinction entre régimes juridiques normaux et exceptionnels (suspendant donc les droits individuels des citoyens). Il renvoie à l'ancienne théorie constitutionnelle anglaise et à la doctrine de la "prérogative royale" (*praerogativa regia*). Telle qu'elle apparaît dans le *Deuxième traité sur le gouvernement* de John Locke, celle-ci semble en effet envisager la dérogation à un gouvernement régulier qui se veut, quant à lui, fondé sur la séparation des pouvoirs et la subordination de l'exécutif au législatif. La prérogative royale est un pouvoir monocratique exercé "*contra et extra legem*" (contre la loi et en dehors d'elle) en vue, entre autres choses, de préserver le *salus populi* et l'ordre constitutionnel. Locke insiste, d'ailleurs, sur la circonstance qui fait des sujets eux-mêmes le juge de dernière instance des abus de cette prérogative²⁰.

¹⁹ Nous parlons ici de modèle au sens d'idéalisation. Celui-ci commence avec les Annalistes de la fin de la république, notamment Tite Live, et sera reprise par Machiavel. Quant à la réalité historique de la magistrature dictatoriale dans la Rome républicaine, elle demanderait une analyse beaucoup plus nuancée.

²⁰ La prérogative chez Locke a, en réalité, une fonction beaucoup plus large, qui va de l'*epitikeia* aristotélicienne (la doctrine qui justifie la transgression de la loi pour éviter l'injustice) jusqu'au gouvernement d'exception. Cette doctrine a, en outre, un côté "démocratique", il faudrait dire "monarchomaque", car elle attribue aux citoyens le contrôle sur les pouvoirs d'exception.

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

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

*Constitution*²¹. Ce texte du grand juriste corrobore la thèse du dualisme anglais, cette fois-ci dans la version qui met en évidence la dualité de régimes légaux, malgré le caractère monocratique du régime politique (au sens où c'est toujours le Parlement qui gouverne en Angleterre dans l'État régulier comme dans l'État d'exception²²).

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

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

²¹ Je cite ici une édition récente de cet ouvrage : Indianapolis, Liberty Fund, 1982, Appendix, Note X – Martial Law in England during the Time of War and Insurrection, pp. 396- 416.

²² Que l'Angleterre soit devenue dans le courant du XIXe siècle un système constitutionnel quasi monocratique, basé sur la souveraineté d'un parlement monocaméral - ce qui constitue au demeurant une exagération, car la Chambre des Lords existe toujours avec des pouvoirs limités, certes, mais effectifs - n'est pas en soi exclusif d'un certain dualisme.

Lorsqu'il définit la loi martiale, Dicey insiste sur le fait que le gouvernement a le devoir de maintenir l'ordre public (*"the King's peace"*). Or " la loi martiale (p. 398) est établie lors d'une invasion ou d'une insurrection [on retrouve ici l'écho du texte de la Constitution américaine, là où il est question de la suspension de l'*habeas corpus*] là où et dans la mesure où l'ordre public ne peut pas être sauvegardé *par des moyens ordinaires* ²³ [à cause] d'une nécessité urgente et extraordinaire ". Et il ajoute : " Ce pouvoir de maintenir la paix *par l'utilisation de la force strictement nécessaire à ce but*²⁴ est parfois défini comme prérogative de la couronne ".

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

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

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

4. Réalistes et sceptiques

Une théorie dualiste part ainsi de l'hypothèse que "il existe des circonstances exceptionnelles"²⁵ qu'on ne peut pas gouverner par les moyens ordinaires (ceux qui respectent entièrement les droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs). Il est utile cependant de distinguer entre une dimension ontologique et une dimension épistémique de l'état d'exception.

Du point de vue juridique, tous les dualistes affirment que la " norme " et l' " exception " sont deux conditions différentes du système normatif. Certains parmi eux (on peut les appeler "réalistes") prétendent que ce dualisme puise

²³ Souligné par l'auteur.

²⁴ D'où il découle un principe de proportionnalité, NDA.

²⁵ Machiavel parlait, lui, de " *accidenti straordinari* " !

son fondement dans deux états du monde, dans une différence ontologique objective et évidente, et que, donc, chacun est en mesure de reconnaître l'existence ou la matérialisation de chacun d'eux. Il s'ensuit qu'un mécanisme "automatique" pourrait être mis en place pour détecter l'apparition ou la disparition de l'état du monde qu'on peut appeler urgence ou exception, à l'instar du mécanisme, s'il existe, qui fermerait les voies sur berge de la Seine au moment des crues et donnerait le signal de réouverture lorsque le niveau du fleuve baisse au-dessous d'un seuil donné.

D'autres (qu'on appellera "sceptiques") pensent, au contraire, qu'il n'existe pas d'évidence absolue de l'existence d'une situation exceptionnelle, danger ou menace, et qu'il est, par conséquent, inévitable qu'il y ait désaccord concernant l'émergence et l'existence de cet état, de sorte qu'il faut attribuer à un acteur du système politique et constitutionnel (organe ou institution) la "compétence, ou l'autorité épistémique" qui consiste à déclarer l'existence de l'état d'exception²⁶. Du point de vue qui nous intéresse ici, l'exception prend la forme d'une "menace spéciale" qui pèse sur l'ordre politique. C'est l'existence déclarée d'une menace extraordinaire vis-à-vis du système républicain de Rome, ou de l'ordre constitutionnel démocratique d'une communauté donnée, qui fait apparaître et justifie (B), le régime d'exception.

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

5. Encadrer les pouvoirs d'exception

Parmi les théoriciens qui défendent la nécessité du régime d'exception (nos dualistes), il est possible de distinguer les positions d'un point de vue différent. D'un côté, on peut classer ceux qui prétendent qu'il n'est pas possible de régler cette éventualité, car il n'y a pas de règles pour les cas d'urgence : "*necessitas non habet legem*"; ainsi, par exemple, le président de la cour suprême américaine William Rehnquist²⁷; de l'autre, ceux qui croient qu'il existent ou que doivent

²⁶ On peut dire en ce sens que les sceptiques croient à la possibilité épistémique de reconnaître l'état d'exception et sont réservés sur la possibilité ontologique.

²⁷ *All the Laws but One. Civil Liberties in Wartime*, New York, Vintage Books, 1998.

être établies des règles de droit ou même des dispositions constitutionnelles pour régler le gouvernement d'exception. De sorte qu'on pourrait parler de "droit de l'exception", comme on a parlé au XVII^e siècle de "droit de la guerre".

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

- a. ceux qui, comme les néo-Romains, veulent que (B) soit réglé *ex ante* par des normes constitutionnelles spécifiques, portant sur son déclenchement, ses compétences propres, sa durée, etc. ;
- b. ceux qui croient que des lois, des lois spéciales ou des mesures prises par le pouvoir exécutif, sont des instruments suffisants pour faire face aux urgences et aux crises.

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

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

b. La deuxième option est préférée par ceux qui sont moins préoccupés aussi bien des risques naissants, pour la structure constitutionnelle, des situations d'urgence que des abus que les organes réguliers de l'État peuvent être amenés à commettre, en ayant recours à des lois spéciales ou à des mesures prises par le pouvoir exécutif pour contrer les crises. Elle est préférée aussi par ceux qui sont sceptiques quant à la possibilité de domestiquer les dangers intrinsèques à l'activation des pleins pouvoirs, même réglés par la constitution. **b.** semble être

le choix du système constitutionnel américain, au moins depuis la fin de la guerre civile. La Constitution des États-Unis connaît, certes, une sorte de gouvernement d'exception. En fait l'alinéa 2, section 9, de son article I^{er} prévoit la "suspension" du privilège de l'*habeas corpus* "lorsqu'en cas de rébellion ou d'invasion l'ordre public l'exigerait", mais ce régime exceptionnel n'a plus été appliqué après la guerre civile et la décision de la cour suprême "*ex parte* Milligan", et il est devenu pour l'essentiel un objet de pure histoire constitutionnelle.

Il est difficile d'avancer des arguments qui permettraient de choisir, en raison, entre **a.** et **b.** L'ingénierie constitutionnelle dépend pour beaucoup du contexte politique ; des recettes universelles, en l'espèce, ne peuvent pas être proposées « du fond de son boudoir ». Si on considère les "dangers inhérents" à **a.** et à **b.**, on peut, néanmoins, présenter les quelques remarques qui suivent.

En tenant compte de l'expérience historique, on peut distinguer deux modalités de contrôle des pouvoirs d'exception. D'un côté, (I) on peut recourir au modèle romain qui disjoint l'organe qui "déclare" l'émergence de celui qui "exerce" les pouvoirs d'exception. Par exemple, le sénat et le dictateur à Rome, ou, dans un contexte contemporain, la cour constitutionnelle et le président de la République ou le Premier ministre en France. Dans ce cas-là, on peut imaginer que l'organe qui exerce les pleins pouvoirs n'est pas politiquement responsable. De l'autre côté, (II) on peut accepter que le même organe de l'État déclare et exerce les pouvoirs d'exception, mais en le rendant responsable devant le pouvoir judiciaire (comme aux États-Unis) ou toute autre instance (par exemple le Conseil d'État).

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

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

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

Le mécanisme de déclaration [1]

Les modalités d'exercice [2]

Le rétablissement de la normalité [3]

Le contrôle sur les effets des mesures d'exception [4]

Remarquons à propos du point [2] que certaines constitutions (comme celle de l'Allemagne d'aujourd'hui) excluent la suspension, même provisoire, de certains droits fondamentaux ; d'autres, excluent la possibilité d'adopter des lois (en France, sous le régime prévu par l'article 16, le président ne peut prendre que des "mesures"). Remarquons, en outre, que, dans le cas de pouvoirs d'exception non constitutionnalisés, les lois adoptées pour faire face à l'urgence peuvent avoir des "sunset clauses"²⁸ ; et que [4] peut fonctionner comme contrôle *ex post* sur [2].

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

6. Caractériser l'urgence

Dans les systèmes politiques qu'on qualifie de "libéral-démocrate", on peut distinguer deux types de conflits :

1. des conflits entre citoyens, en tant qu'individus privés (conflits de droit privé) ;
2. des conflits entre citoyens, en tant qu'acteurs politiques en compétition pour les charges publiques (conflits de droit public ou constitutionnel).

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

L'"urgence" peut être définie comme une situation qui produit une perturbation, un trouble grave de l'ordre et/ou au système politique ou bien comme un événement qui menace la survie de la communauté en tant

²⁸ Elles ne sont en vigueur que pour un temps déterminé *ex ante* et, si elles ne sont pas renouvelées, elles disparaissent du système normatif.

qu'organisme collectif. Or cette urgence peut avoir des causes “ exogènes ” et / ou “ endogènes ”.

Le cas le plus simple, du point de vue analytique, de menace exogène est celui d'une guerre ou d'une invasion : la tentative, de la part d'un “ ennemi ”, de détruire, d'occuper ou de prendre le contrôle du pays. C'est le cas prévu explicitement par la Constitution allemande à l'article 115a-1 (*Verteidigungsfall* – l'état de défense). Ici, les mesures spéciales sont justifiées afin de protéger l'intégrité du territoire et la nature même de l'ordre libéral-démocrate.

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

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

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

d'inefficacité portées sur cette lutte elle-même.²⁹ Si le secret est trop étendu, les citoyens ne sont plus dans la condition, essentielle pour toute démocratie, de juger leur gouvernement. Et le régime glisse petit à petit vers une forme despotique.

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

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

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

²⁹ La manie de M. Ashcroft, le ministre de la Justice de l'administration Bush, pour le secret amène à réfléchir sur le fait qu'en raison du plus grand secret dans lequel tout est tenu, on ne peut ni prouver ni falsifier l'affirmation qui vient d'être émise.

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

Le cas le plus extrême est représenté par ce que nous conviendrons d'appeler un " changement endogène de régime ". Si on veut utiliser le langage de Carl Schmitt dans *La Dictature*³⁰, dans ce cas l'ennemi n'est plus un acteur qui menace l'ordre politique, mais l'ordre politique et constitutionnel lui-même qui est considéré désormais comme étant incompatible avec le nouveau régime qu'on cherche à établir.

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

Conclusion : Pouvoirs d'exception et structures constitutionnelles

Même si on a raison d'opposer, en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs d'exception, le parlementarisme moniste (fondé sur le principe de la souveraineté parlementaire) qui caractérise aujourd'hui le Royaume-Uni, aux systèmes fondés sur la balance des pouvoirs et une véritable polyarchie, tels que la Rome républicaine et les États-Unis, il faut éviter que cette opposition ne cache d'autres traits importants pour notre classification.

³⁰ Paris, Le Seuil, 2000 ; la version originale allemande date de 1921.

Un système absolutiste de type hobbien et le système constitutionnel de la Grande-Bretagne d'aujourd'hui renvoient, certes, l'un et l'autre à un organe détenant le monopole de la souveraineté. Néanmoins, comme on l'a vu, pour Hobbes cela n'a pas de sens de parler de pouvoirs d'exception (la préservation et la défense du "*salus populi*" étant la fonction unique et constante du gouvernement) ; en revanche, le Parlement anglais lors de la longue crise de l'Ulster n'a pas cessé de déclarer le caractère exceptionnel des lois par lesquelles on essayait de maîtriser la guerre civile. Il est vrai que ces lois ont été renouvelées un très grand nombre de fois, mais cela ne les a jamais faites apparaître ni présenter comme des lois ordinaires³¹. On veut suggérer par là qu'une urgence (surtout si elle est géographiquement localisée sur le territoire d'un État) peut certes durer vingt, trente, quarante ans, sans cesser d'être perçue comme telle par le législateur. Il est vrai, d'autre part, que dans un système parlementaire du type de celui de Westminster, où le Premier ministre contrôle la majorité parlementaire, l'action du gouvernement n'a pas cette physionomie de "mouvement lent" (*il moto tardo*), qui caractérise pour Machiavel les polyarchies ; de sorte que l'exigence d'un "dictateur" ou d'un président de la République, auquel on peut attribuer les pleins pouvoirs en cas d'urgence, n'apparaît pas.

Dans les systèmes à balance des pouvoirs (ou à souveraineté partagée), tels que les États-Unis, ou même les "semi-présidentialismes" (5^e République, Allemagne de Weimar, etc.), le gouvernement peut avoir besoin d'un mécanisme qui accélère les décisions et les soustrait à la négociation de type polyarchique. Ce mécanisme est parfois explicite et constitutionnalisé (par exemple, dans les régimes néo-romains), d'autres fois pas, comme aux États-Unis, depuis la guerre civile. On peut avancer une hypothèse explicative à ce phénomène. La Constitution américaine était à l'origine une forme égalitaire du gouvernement mixte, inspirée de l'ancienne Constitution anglaise, à l'exclusion de l'institution des Lords (c'est pourquoi on peut l'appeler égalitaire). Or la prérogative royale, qui à partir de la "*Glorious Revolution*" a commencé à disparaître en Angleterre, a survécu aux États-Unis sous une forme républicaine en tant que compétence du président élu. Une des conséquences en est qu'en lieu et place de l'"appel au ciel" (Locke), dans la version républicaine

³¹ Celles-ci n'étaient pas édictées *in aeternum* et la conscience persistait qu'elles représentaient quelque chose comme "*a breaches of law*", pour parler comme Dicey.

Commenté [PPI]: C'est peut-être le cas d'Israël

américaine de la Constitution anglaise, les abus de la prérogative présidentielle sont sous le contrôle de l'opinion publique (sondages et élections) ; un contrôle dont les décisions de la Cour Suprême seraient une sorte de ratification juridique. Une alternative démocratique et populaire en quelque sorte au modèle d'ingénierie constitutionnelle des Romains.

Pasquale Pasquino
Directeur de recherche au CNRS
Professor at New York University