

**Congrès AFSP Strasbourg 2011**  
**ST 9 Ni guerre, ni paix : enquêtes sur les ordres politiques disloqués**

**Antoine Mégie**  
**Université de Rouen, CREDHO-DI**  
**antoine.megie@univ-rouen.fr**

**La « guerre » contre le terrorisme : discours, normes et pratiques au sein d'un ordre politique disloqué**

**Résumé :** Cette contribution entend poser la question des ordres politiques disloqués grâce à une analyse des normes et pratiques mises en œuvre au nom de la « guerre » contre le terrorisme. L'étude des discours de légitimation et de l'adoption des procédures pénales établis en Europe et en Amérique du Nord suite aux attentats du 11 septembre 2001, offre un terrain d'étude pertinent afin d'appréhender de manière concrète les configurations politiques et sociales oscillant entre le registre de la guerre et celui de la paix. L'analyse des pratiques des pouvoirs politiques à l'origine de ces nouvelles normes nous conduira, dès lors, à aborder de manière renouvelée la question de l'usage par l'État d'une violence qui trouve sa légitimité dans l'instauration de cadres juridiques singuliers et temporaires. La compréhension des dynamiques politiques, juridiques et sociales à l'origine de ces dispositifs ad hoc, souvent contradictoires avec les principes régissant les régimes pénaux internes, offre la possibilité de discuter concrètement des hypothèses relatives à l'affirmation des systèmes d'exception.

***Abstract:** The aim of this contribution is an analysis of the problematic of political disruptive orders through the study of the norms and practices characterizing the "war on terrorism". Through the description of the discourses and uses and their legitimizing effects in the counterterrorism field since the 9/11, we will illustrate a political and social disruptive configuration settled between peace and war. The understanding of new and old political dynamics at the origin of these processes allows us to question state violence and its legitimization through special and temporary legal frameworks. In this perspective it is also important to discuss the philosophical notion of exceptionalism at the light of a sociological and political approach in which the question of institutional and political strategies are central.*

Cette contribution entend poser la question des ordres politiques disloqués grâce à une analyse des normes et pratiques mises en œuvre au nom de la « guerre » contre le terrorisme. L'étude des discours de légitimation, de l'adoption des procédures pénales ainsi que des usages établis en Europe et en Amérique du Nord suite aux attentats du 11 septembre 2001, offre un terrain d'étude pertinent afin d'appréhender de manière concrète les configurations politiques et sociales oscillant entre le registre de la guerre et celui de la paix.

La « guerre » contre le terrorisme pose de façon pertinente la question de la tension entre paix interne et guerre internationale qui de manière pérenne structure l'organisation de la scène internationale. À partir de ce premier niveau il semble que le lien entre État de Droit et droit de l'homme constituant l'intérieure et l'extérieure des politiques nationales se trouve

distendu<sup>1</sup> dans une situation où l'on observe l'affirmation d'un continuum entre sécurité extérieure et intérieure ou en d'autres termes une désarticulation profonde entre paix et guerre<sup>2</sup>. L'analyse des pratiques politiques à l'origine de ces nouvelles normes nous conduit à aborder de manière renouvelée la question de l'usage par l'État d'une violence<sup>3</sup> qui, en l'espèce, trouve sa légitimité dans l'instauration de cadres juridiques singuliers et temporaires.

C'est dans cet ordre subsistant de fortes perturbations, que l'utilisation du concept d'État d'exception offre selon certains philosophes<sup>4</sup> la possibilité de caractériser les nouveaux ordres mis en œuvre par les démocraties libérales en pensant le politique et son pouvoir. S'inscrivant dans une dynamique particulière du champ académique autour de la relecture des travaux de Carl Schmitt<sup>5</sup>, le concept d'exceptionnalité constitue progressivement un discours à part entière se diffusant aussi bien dans l'espace médiatique, que militant ou académique.

Face à cette affirmation des thèses en termes d'exception notre propos ici n'est pas de discuter de leurs approches et de leur hétérogénéité d'interprétations au prisme de l'œuvre Schmittienne<sup>6</sup>, mais de montrer en quoi les principes au cœur du concept de l'État d'exception ne semblent pas permettre de véritablement comprendre les tensions qui définissent aujourd'hui les ordres politiques et juridiques qui en matière de lutte contre le terrorisme se sont mis en place. Dès lors à l'instar d'autres analyses<sup>7</sup>, cet article a pour objectif de montrer combien l'approche en termes d'exception tout en ouvrant des pistes de réflexion pertinentes n'en demeure pas moins avant tout soit un cadre juridique soit une métathéorie ne décrivant pas de manière suffisamment complexe le réel des phénomènes politiques, juridiques et sociaux en jeux. C'est dans cette perspective que nous nous proposons d'intégrer dans notre étude les stratégies politiques et sociales à l'origine de la définition et de l'adoption des normes qualifiées de mesures d'exception<sup>8</sup>.

A partir des questions de la suspension de l'ordre juridique (I) et de l'exercice de la souveraineté en matière de qualification et de décision (II) nous chercherons à comprendre à la lumière d'éléments empiriques précis la manière dont des ordres politiques et juridiques se

---

<sup>1</sup> Leca, Jean, « L'exception en politique », dans Yan Thomas, François Saint-Bonnet *et al*, *L'exception dans tous ses états*, Marseille, éd. Parenthèses, 2007, p 87-107.

<sup>2</sup> Joxe, Alain, « La guerre sans la paix et l'exception à la règle », dans Yan Thomas, François Saint-Bonnet *et al*, *L'exception dans tous ses états*, Marseille, éd. Parenthèses, 2007, p 69-86.

<sup>3</sup> Linhardt, Dominique et Moreau de Bellaing, Cédric, « Légitime violence ? Enquêtes sur la réalité de l'État démocratique », *Revue française de science politique*, vol. 55/2, 2005, p. 269-298.

<sup>4</sup> Agamben, Giorgio, *Homo Sacer II. Etat d'exception*, Paris, Seuil, 2003. Voir également : Agamben, Giorgio, « L'état d'exception », *Le Monde diplomatique*, décembre, 2002.

<sup>5</sup> Pour une présentation des différents auteurs et de leurs interprétations contemporaines des travaux de Carl Schmitt sur l'exception, notamment : Monod, Jean-Claude, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La découverte, 2006.

<sup>6</sup> Notamment : Schmitt, Carl, *Théologie politique I*, trad. J-L Schlegel, Gallimard, 1988 (1922) ; Schmitt, Carl, *La notion du politique- Théorie du partisan*, trad. M-L Steinhauser, Flammarion, 1992 (1927/1932). Parmi les nombreuses analyses de ces ouvrages, voir notamment : Balibar, Etienne, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface à Carl Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, 2002 ; Tuchscherer Emmanuel, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Mots. Langages du politique*, n°73, 2003 ; également Goupy, Marie, « La notion de « criminalisation » de l'ennemi dans la Théorie du partisan de Carl Schmitt », *Revue ASPECTS*, n° 4, p15-34, 2010, p 35-50.

<sup>7</sup> Notamment : Huysmans, Jef, « The jargon of exception : on Schmitt, Agamben and the absence of political society », *International Political Sociology*, vol.2: n°2, 2008, p.165-183 ; Troper, Michel « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », dans Yan Thomas, François Saint-Bonnet *et al*, *L'exception dans tous ses états*, Marseille, éd. Parenthèses, 2007.

<sup>8</sup> Pour une étude exhaustive sur le plan juridique, historique et philosophique de la doctrine de l'Etat d'exception, notamment Saint-Bonnet, François, *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001.

disloquent et peuvent non pas être suspendus (comme dans le cas de l'exception) mais au contraire se recomposer. Ce premier objectif nous oblige à sortir de la tension norme/exception qui structure de manière limitée une partie des approches philosophiques et doctrinales. Il s'agit de replacer au centre de la réflexion les dimensions discursive, sociale et institutionnelle qui sont à l'origine de la production des normes judiciaires. Cette étude des dynamiques qui ont conduit à la définition des nouvelles infractions (question de la suspension) et à leur adoption (question de la souveraineté) nous ouvre, enfin, une troisième et dernière piste de réflexion. À travers la prise en compte des acteurs issus de la société civile nous pourrions évoquer l'importance de considérer les éléments de résistance trop souvent écartés dans l'approche doctrinale et philosophique de l'exception. Pourtant ces structures de luttes ont des effets directs sur les ordres juridiques et politiques qui se réorganisent.

### ***1. Une reconfiguration de l'ordre juridique différente d'une procédure de suspension***

Selon Giorgio Agamben au cœur de l'État d'exception se trouve le principe d'une suspension du droit par le droit lui-même<sup>9</sup>. Dans cette perspective, la loi serait ainsi transgressée par l'exception à travers l'idée que le droit introduirait sa propre suspension. Cette situation repose en réalité sur une confusion importante qui refuse l'idée d'une possibilité pour le droit d'introduire en son sein sa négative<sup>10</sup>. Dans cette perspective, il ne s'agit pas selon nous d'une suspension, de l'instauration d'un ordre vide de droit<sup>11</sup>, mais plutôt d'une transformation du droit par le droit. On assiste à un travail de requalification du droit sur lui-même. L'objet juridique se trouve toujours présent en tant qu'enjeu de négociations entre les différentes autorités politiques et judiciaires.

Cette approche nous renvoie au postulat selon lequel la production et l'évolution du droit ne s'effectuent pas simplement par un glissement jurisprudentiel ou législatif, mais également par une transformation au niveau des représentations et des pratiques des acteurs en charge de le formuler et de l'appliquer<sup>12</sup>. Interroger les logiques de production de la norme pénale revient à questionner les échanges qui interviennent entre les différents niveaux d'action politique et juridique. L'analyse du droit, ne doit donc pas se faire uniquement à travers une approche judicario-centrée mais *via* la prise en compte des mobilisations sociales, politiques et juridiques à l'origine de sa définition<sup>13</sup>. À l'opposé d'une vision Kelsenienne d'un système juridique clos, autonome qui n'existerait que par lui-même et imposerait sa force légale au réel, il convient d'appréhender la production normative comme le résultat d'un jeu d'acteurs multiples. Les catégories entérinées en tant que nouvelles infractions juridiques par les différents États à la suite du 11 septembre résultent d'un tel processus au carrefour du travail juridique et des luttes politiques.

L'infraction « d'ennemi combattant » adoptée par les États-Unis suite au 11 septembre 2001 offre un premier exemple central. Cette infraction concerne les personnes arrêtées soit sur des terrains d'interventions étrangers, soit sur le sol étasunien. La particularité de cette catégorie pénale réside dans le fait qu'elle ne correspond juridiquement ni à l'infraction de « terroriste », ni à celle de « prisonnier de guerre ». Dès lors, son adoption permet aux autorités de se soustraire aux règles édictées par les Conventions de Genève relatives aux

---

<sup>9</sup> Agamben, Giorgio, *Op. cit.*, 2003, p 58-61.

<sup>10</sup> Troper, Michel, *Op. cit.*, 2007.

<sup>11</sup> Agamben, Giorgio, *Op. Cit.*, 2003, p 16.

<sup>12</sup> Vauchez Antoine, « The Force of a Weak Field: Law and Lawyers in the Government of the European Union (For a Renewed Research Agenda) », *International Political Sociology*, vol. 2, no. 2, 2008, 128-144.

<sup>13</sup> Commaille Jacques et Kaluszynski, Martine (dirs.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, Paris, 2007.

« combattants » et à leurs droits. Dans la troisième de ces dites Conventions, il est clairement stipulé que les prisonniers de guerre ne sont tenus de déclarer que leur civilité et grade (article 17) et ne peuvent être interrogés afin de recueillir des renseignements (article 3). Se trouve alors *de facto* écartée une série de pratiques concernant notamment le recueil d'informations dans le cadre d'interrogatoires. En 1996, l'adoption du *United States War Crime Act* introduit, dans le régime pénal étasunien, ces dispositions en prévoyant la poursuite de toutes personnes violant les Conventions de Genève et en particulier l'article 3. Cette architecture pénale articulant étroitement niveau international et national définit strictement l'utilisation des techniques de renseignement qui, à travers la question du recueil, du traitement et du partage de l'information, est devenu l'un des principaux paradigmes du champ de la sécurité depuis le milieu des années 1990<sup>14</sup>.

À la suite du 11 septembre 2001, l'administration Bush décide, de construire un arsenal juridique dont l'objectif est de soustraire les autorités militaires et policières à ces règles afin de pouvoir répondre à l'obsession opérationnelle et politique de la chasse aux renseignements. Ainsi, se met en place aux plus hauts postes juridiques de l'administration une stratégie dont le but est de justifier le recours à des techniques d'interrogatoires contraires au droit international<sup>15</sup>. Suite aux différentes auditions des commissions d'enquêtes du Congrès entre 2005 et 2008, le chef de cabinet du vice-président Dick Cheney, le numéro 2 du bureau du conseiller juridique du ministère de la Justice, le chef juridique du Département de la Défense, et le Chef juridique de la Maison Blanche reconnaîtront avoir participé activement à la définition de cet arsenal sans que les membres du Congrès n'en soit officiellement informés.

Dans deux mémorandums de janvier 2002, le bureau juridique du ministère de la Justice et le conseiller juridique de la Maison Blanche, John Yoo, justifient pourquoi les membres appartenant à Al Qaïda ne constituent pas des « prisonniers de guerre » au sens entendu par les Conventions de Genève mais une nouvelle catégorie juridique de détenu<sup>16</sup>. L'adoption, le 2 février 2002, de la directive portant création de cette infraction transforme ces mémorandums en acte politique à part entière. Signée par Georges Bush, cette directive ouvre la possibilité pour les autorités étasuniennes de recourir à une procédure d'interrogatoire, de jugement et d'accusation en dehors du cadre pénal classique, puisque les juridictions civiles laissent leurs compétences en la matière aux commissions militaires<sup>17</sup>. Les limitations posées par les conventions internationales et les lois nationales afin de protéger les prisonniers sont dès lors rendues obsolètes. Comme le montre l'analyse historique et doctrinale de Julie Saada ce recours aux commissions militaires n'est pas sans précédent<sup>18</sup>. En effet, l'utilisation de ces enceintes dans le cadre de procédures pénales a déjà été justifiée par la Cour suprême en 1942. C'est d'ailleurs en utilisant cette jurisprudence que l'administration Bush et ses services juridiques vont construire leur stratégie de justification.

---

<sup>14</sup> Piazza, Pierre et Ceyhan, Ayshe (dir.), « Identifier et surveiller : les technologies de sécurité », *Cultures et Conflits*, L'Harmattan, Paris, n°64, 2006

<sup>15</sup> Sur la question des techniques d'interrogatoires utilisées par la CIA, voir : *Special Report : Counterterrorism Detention and Interrogation Activities* (septembre 2001-octobre 2003), 7 mai 2004 ; ainsi que Perrin Jean-Pierre, *Techniques d'interrogatoires à l'usage de la CIA*, Éditions Des Équateurs, Sainte-Marguerite sur Mer, 2009.

<sup>16</sup> Pour une présentation exhaustive et minutieuse de ce processus administratif et politique, voir notamment le documentaire de Marie-Monique Robin, intitulé *Torture made in USA*.

<sup>17</sup> Mourtdan, Nada, « Les tribunaux militaires aux États-Unis : *Inter arma silent leges ?* », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2003, p. 115-147

<sup>18</sup> Saada, Julie, « Les « combattants illégaux », des ennemis du genre humain ? », *Revue ASPECTS*, n° 4, p15-34, 2010.

À travers ce processus juridique et politique d'incrimination, un nouveau type d'infraction est ainsi introduit dans le régime pénal interne permettant aux autorités militaires d'effectuer des interrogatoires dans lesquels le recours aux violences physiques et psychologiques est soustrait aux cadres juridiques préexistants et plus restrictifs. Dans ces conditions, l'utilisation de la torture n'est pas considérée comme une limite pouvant mettre fin à la procédure d'accusation du fait du non-respect des dispositions juridiques. Un nouvel ordre se met en place, s'inscrivant dans une doctrine de « nécessité », contraire au droit pénal international et à une partie des règles régissant le droit interne.

L'exemple canadien est également intéressant sur ce point. Ce cas moins connu montre lui aussi dans quelle mesure suite au 11 septembre les régimes judiciaires ne font pas l'objet d'une suspension mais plutôt d'une restructuration juridique et normative aussi bien sur le plan de l'incrimination de terrorisme que sur les principes d'intentionnalité et de régime de la preuve<sup>19</sup>.

Lors de sa déclaration devant le Comité de la Justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, le 18 octobre 2001, la ministre de la Justice, Anne McLellan<sup>20</sup>, explique que la définition du terrorisme introduite par la Loi C-36 répond en premier lieu aux énoncés présents dans les douze conventions internationales rattachées au terrorisme et ratifiées à présent par le Canada. L'article 83.01 de la nouvelle législation définit l'activité terroriste comme suit :

- [...] b) soit un acte – action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger :
  - (i) d'une part, commis à la fois :
  - (A) au nom – exclusivement ou non – d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique,
  - (B) en vue – exclusivement ou non – d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir, que la personne, la population, le gouvernement ou l'organisation soit ou non le Canada [...]
- Sont visés par la présente définition, relativement à un tel acte, le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait et l'encouragement à la perpétration.

Tout en reprenant la définition établie par le *Terrorism Act* britannique instauré en 2000, la nouvelle loi canadienne se différencie de son modèle en introduisant de nouvelles catégories juridiques dans le code national et en créant un éventail d'infractions et de procédures plus large. Si les premières caractéristiques de cette infraction représentent un alignement sur les mesures internationales, les points suivants marquent, en revanche, une orientation plus spécifique du législateur canadien.

L'évocation du fait « qu'une atteinte à des infrastructures économiques privées et/ou publiques » puisse être qualifiée d'acte terroriste introduit une nouvelle infraction dans le Code criminel. Devant une telle disposition, de nombreux professeurs de droit et avocats ont

---

<sup>19</sup> Mégie, Antoine « Normes internationales et antiterrorisme : la Loi C-36 », dans Brodeur, Jean-Paul, Leman-Langlois, Stéphane (dir), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal 2009.

<sup>20</sup> Notes pour la comparution de la ministre de la Justice devant le Comité de la Justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, 18 octobre 2001, Ottawa. Disponible à l'adresse (5 mars 2008) : [http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/disc-spe/2001/doc\\_27832.html](http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/disc-spe/2001/doc_27832.html).

souligné le risque que la définition de terrorisme puisse être appliquée à des groupes de type altermondialiste prônant la contestation civique ou bien lors de mouvements sociaux et de grèves. Malgré la précision explicite soulignant l'impossibilité d'appliquer cette définition à ce genre d'action, la grande fluidité de ces catégories sur le plan juridique donne une importance particulière à la qualification des faits « en atteinte à des infrastructures économiques privées et/ou publiques ». Par une telle orientation, la définition canadienne se différencie du modèle britannique et étatsunien en englobant un spectre plus large d'activités et en introduisant une nouvelle caractéristique de l'infraction qui n'existait pas en droit interne.

À un autre niveau, l'utilisation d'une liste de termes tels que : « le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait et l'encouragement à la perpétration », ajoute une certaine confusion qui doit se comprendre par une volonté du législateur de fournir une définition la plus large possible. On assiste à une superposition dans les catégories relatives à la responsabilité et à l'intention. Cet empilement d'infractions aux contours juridiques ambigus n'est pas forcément un gage de stabilité. Ainsi, l'infraction de conspiration existait déjà (article 465) tout comme celle de tentative (article 24), avec, pour cette dernière, une approche déjà très large. L'introduction de ces nouvelles infractions sous le nom « d'activités terroristes » produit une confusion notamment vis-à-vis des catégories juridiques antérieures.

Ces exemples ne sont pas propres à l'Amérique du Nord. Sous l'effet des accords politiques et juridiques aux niveaux international et régional, on assiste plus largement à une transnationalisation du champ pénal qui passe par une circulation et un partage des procédures et qualifications judiciaires<sup>21</sup>. Dans ce contexte, la production normative ne s'inscrit pas dans une démarche de suspension mais de reconfiguration<sup>22</sup>. Si l'intensité de la transnationalisation constitue une dimension relativement inédite<sup>23</sup> une telle recomposition des régimes juridiques s'inscrit dans une histoire ancienne. Dans leur analyse des phases d'incrimination entre 1815 et 1940 en France, Pierre Lascoumes, Pierre Lenoël et Pierrette Poncela montrent comment le pouvoir politique tend à multiplier les législations spéciales, créant ainsi des procédures spéciales de poursuites et infligeant des sanctions distinctes de celles établies par le code pénal<sup>24</sup>.

Plutôt qu'un ensemble supposé cohérent de normes conduisant à la suspension générale des règles de l'Etat de droit, on observe l'introduction d'une hétérogénéité dans les régimes pénaux résultat d'une superposition de projets de contrôle existants bien avant le 11 septembre 2001 que ce soit à l'échelle nationale ou régionale<sup>25</sup>. Ces processus d'accumulation conduisent à une sophistication et à une instabilité des catégories juridiques. Tendance qui doit alors être comprise comme le résultat d'un processus juridique et politique complexe et

---

<sup>21</sup> Cesoni, Maria-Luisa (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception : Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruxelles, Bruylant, mars 2007.

<sup>22</sup> Voir notamment les conclusions du XVIII<sup>ème</sup> Congrès international de Droit pénal, Istanbul (Turquie), 20 au 27 septembre 2009. Egalement, Guidicelli-Delage, Geneviève (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Espagne, États-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni*, Mission de Recherche Droit et Justice, Paris, décembre 2003 ; Enfin, Delmas Marty, Mireille, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.

<sup>23</sup> Delmas-Marty, Mireille, *Leçon inaugurale au Collège de France, Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, 2003.

<sup>24</sup> Lascoumes Pierre, Lenoël Pierre, Poncela Pierrette, *Les Grandes Phases D'incrimination. Les Mouvements De La Législation Pénale, (1815-1940)*, Gapp - Cnrs - Paris X, Paris, 1992.

<sup>25</sup> Bigo Didier, Guild Elspeth (dirs.), De Tampere à Séville, vers une ultra gouvernementalisation de la domination transnationale ?, *Cultures et Conflits*, vol. 45, no. 1, 2002, p 5-25.

erratique qui s'est fortement accéléré sous l'effet des actes terroristes du début des années 2000. Dans notre volonté de valoriser ces processus comme clef de compréhension il est alors essentiel de s'y intéresser à travers les acteurs qui y participent, ou pour utiliser le vocabulaire de la doctrine d'exception, de « qui détient la souveraineté ? ».

## **2. De la qualification à la décision de l'exception**

Les théories de l'Etat d'exception se structurent de manière générale autour du postulat d'une souveraineté absolue de l'exécutif. Souveraineté qui s'exerce à la fois dans la qualification de la situation d'exception et dans la prise de décision.

Dans son travail doctrinal Carl Schmitt définit le souverain comme celui qui décide des « circonstances exceptionnelles »<sup>26</sup>. Dans cette perspective, la qualification se construit en dehors du droit mais n'échappe pas totalement à celui-ci puisque la force légale du corpus juridique sert à qualifier, à ordonner juridiquement et donc à légitimer la situation en la définissant comme différente. Cette supériorité du politique, revendiquée par Schmitt ou décrite par Agamben, prend dès lors les traits d'une affirmation extrême et temporaire de l'exécutif sur les autres pouvoirs. En partant de ce postulat, on peut assimiler le travail de définition effectué par le politique à une stratégie de stabilisation dont l'objectif est de définir un ordre dans une situation de désordre. Cette idée d'un pouvoir politique capable de construire un espace maîtrisé à partir d'images et de normes conduit à redonner toute sa valeur aux stratégies discursives et à leur affirmation comme représentations du réel. Cependant si cet ordre politique s'affirme effectivement avec force cela ne signifie pas que l'ordre juridique n'existe plus, il tend au contraire à être requalifié.

La description de la situation post 11 septembre notamment par l'administration Bush en termes de « guerre » ne constitue pas un effet direct des attentats. On assiste en réalité à un processus discursif ancien s'inscrivant dans des récits existants depuis le début des années 1980 à propos des différents phénomènes criminels qualifiés de transnationaux. C'est tout d'abord, sous l'impulsion des États-Unis, qu'à partir des années 1970 le trafic de drogue est présenté comme l'une des problématiques centrales du domaine de la sécurité, se focalisant essentiellement sur la dimension internationale de ce commerce illicite. Construisant une véritable doctrine en termes de « guerre », la lutte contre le trafic de stupéfiants devient un domaine de sécurité à part entière avec la mise en place de nouveaux organismes de lutte comme la *Drug Enforcement Administration* (DEA), créée en 1973<sup>27</sup>. Cette première « guerre contre la drogue » initiée par le président Nixon au début des années 1970, fut ensuite mise entre parenthèse par l'administration Carter (1976-1980), pour être largement relancée et renforcée, à partir de 1980, sous la présidence de Ronald Reagan (1980-1988) et de Georges Bush Senior (1988-1992). Se concentrant sur la dimension transnationale du trafic, les services américains focalisent leur action sur les terrains extérieurs. La question des stupéfiants prend ainsi l'aspect d'une véritable politique étrangère se traduisant par l'interpellation diplomatique voire militaire de certains pays considérés comme sensibles, en particulier en Amérique du Sud<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Schmitt, Carl, *Op. Cit*, 1988 (1922), p 16.

<sup>27</sup> Pour un historique de la lutte anti-drogue américaine, voir notamment : Laniel, Laurent, « La « guerre à la drogue » aux États-Unis après le 11 septembre 2001 », *Diplomatie Magazine*, n°1, 2003, p 27-36.

<sup>28</sup> Laniel, Laurent, « Drogues et mondialisation : une relation équivoque », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 160, 1999, p. 11-15 ; Keh, Douglas, Farrell, Graham, « Trafficking Drugs in the Global Village », *Transnational Organized Crime*, vol. 3, n° 2, 1997, p. 90-110.

La stratégie américaine de lutte contre la drogue a également des répercussions au sein de l'Union européenne, à travers la reconversion de certains policiers déjà présents dans la coopération européenne. Ainsi, les différents groupes qui dans les années 1970, s'étaient constitués autour de la question du terrorisme, s'emparent à présent des questions relatives à la « criminalité internationale »<sup>29</sup>. Parallèlement, de nouvelles enceintes apparaissent sur ces questions, en particulier le groupe Pompidou. Créé en 1971 sur le thème de la drogue, il inscrira la lutte contre « la criminalité internationale » au rang de ses objectifs à partir de 1979. Le trafic de drogue devient ainsi le prisme essentiel à partir duquel les phénomènes de « criminalité organisée » sont définis dans les enceintes politiques et judiciaires européennes. On assiste dès lors tout au long des années 1980-1990 à un processus de réification des phénomènes criminels qui induit la construction d'une figure unique de « la criminalité transnationale organisée » regroupant un ensemble hétérogène d'infractions. L'affirmation de ces structures cognitives engendre des effets au niveau de la mise en œuvre institutionnelle des dispositifs de coopération entre les autorités répressives nationales notamment à l'échelle européenne<sup>30</sup>.

Les attentats terroristes du 11 septembre 2001 aux États-Unis marquent un autre tournant dans la construction des phénomènes criminels en objet de négociation interétatique. La force politique de ces événements a fait du terrorisme l'enjeu prédominant du champ de la sécurité. Les principales déclarations des leaders politiques identifient « la guerre contre le terrorisme » comme le « défi pour l'ensemble des États » de la politique internationale du début du 21<sup>ème</sup> siècle. Parallèlement, la thèse d'une « internationale islamiste » opposée à l'Occident se construit et connaît un nouveau succès auprès des penseurs néoconservateurs de la sécurité, spécifiquement aux États-Unis<sup>31</sup>. On assiste alors à un déplacement de cible à l'échelle européenne et internationale. Les attentats sur le sol européen à Madrid puis à Londres renforcent largement ce processus faisant de la lutte antiterroriste la vitrine principale de la coopération européenne. Le terrorisme devient donc, comme la criminalité dite organisée avant 2001, la principale image des phénomènes criminels qualifiés de transnationaux. Preuve de cette continuité, l'approche politique de la « guerre globale » contre le terrorisme s'oriente largement, à l'instar de la lutte contre les stupéfiants, vers la dimension économique<sup>32</sup>.

Cette courte généalogie non exhaustive de la labellisation des phénomènes criminels et terroristes comme enjeux politiques internationaux doit permettre de comprendre que la qualification en termes de « guerre » ne résulte pas d'une qualification inédite et temporaire décidée par une autorité souveraine unique. Elle se construit à partir d'un ensemble d'interactions entre des arènes et des acteurs divers qui réussissent à construire et à diffuser

---

<sup>29</sup> Bigo, Didier, *Police en réseaux*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996.

<sup>30</sup> Den Boer, Monica (dir.), *Organised Crime: A Catalyst in the Europeanisation of National Police and Prosecution Agencies?* Maastricht, European Institute of Public Administration, 2002.

<sup>31</sup> Parmi les principaux ouvrages qui s'inscrivent dans cette approche, le livre de Samuel Huntington constitue sans aucun doute l'une des références majeures. Publié bien avant le 11 septembre 2001, l'auteur et ses hypothèses connaissent un succès médiatique et politique important à la suite de ces attentats : Huntington, Samuel, *The clash of civilizations and the remaking of world order*, New York, Simon and Schuster, 1996. Pour une analyse de ces études, voir entre autres : Vaïsse, Justin, Hassner, Pierre, *Washington et le monde : dilemmes d'une superpuissance*, Autrement, 2003.

<sup>32</sup> Mitsilegas, Valsamis, « Countering the chameleon threat of dirty money. 'Hard' and 'soft' law in the emergence of a global regime against money laundering and terrorist finance », dans Edwards, Adam, Gill, Peter (dir.), *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*, Routledge, 2003, p. 195-211 ; Favarel-Garrigues, Gilles, « L'évolution de la lutte anti-blanchiment depuis le 11 septembre 2001 », *Critique internationale*, n° 20, juillet 2003.

des représentations et croyances sur la lutte contre le terrorisme<sup>33</sup>. En tant que produits de dynamiques sociales diverses, les discours de qualification doivent cependant ne pas être considérés comme des ensembles discursifs homogènes. Il est fondamental de comprendre que ces croyances et discours malgré une certaine cohérence sont multiples et peuvent parfois être contradictoires. Ainsi dans le cas de la lutte contre le terrorisme, si les autorités politiques étatsuniennes ont construit une doctrine autour du registre de la « guerre » pour justifier leurs actions post 11 septembre, les Etats européens ont, dans une grande majorité, défendu une posture plus proche du registre de la paix à travers la valorisation de leur arsenal judiciaire issu d'expériences anciennes. Cette différence n'est pas sans effets sur l'agencement des ordres politiques et juridiques mis en place au sein de ces deux ensembles. Néanmoins, dans le cas de l'antiterrorisme, force est de constater qu'en raison de la puissance politique des attentats du 11 septembre et de l'importance des échelons régionaux et transatlantiques dans les prises de décisions, on observe une relative convergence dans les normes et usages mis en œuvre des deux côtés de l'atlantique<sup>34</sup>.

La seconde dimension de l'exercice de la souveraineté en période d'exception relève de l'affirmation d'un pouvoir exécutif et d'une mise à l'écart des autorités parlementaires et judiciaires. Cette vision se retrouve de manière assez claire dans la doctrine américaine développée par les juristes de la maison blanche avec l'idée de *l'unitary executive* qui prévoit des pouvoirs exceptionnels du Président en tant que chef des armées. Une telle souveraineté des pouvoirs exécutifs au détriment des autorités parlementaires et judiciaires n'est cependant pas justifiée par un cadre juridique général tel que l'article 16 de la Constitution française qui sous entend le principe du souverain comme celui qui ne connaît aucune limite dans la manière de décider de l'état d'exception et d'exercer par la suite ce pouvoir une fois la décision prise sans contrôle ni limite. D'un point de vu temporel, cette disposition constitutionnelle nous renvoie à l'idée d'un moment souverain assez éloigné des dynamiques institutionnelles et politiques observées suite au 11 septembre.

L'étude précise des différentes procédures décisionnelles à l'origine des normes antiterroristes nous montre certes une accélération des prises de décision sous l'effet de l'exécutif, mais dans une dynamique de routinisation des modalités de décisions différentes d'une décision prise unilatéralement par ce pouvoir. En d'autres termes, l'affirmation des autorités exécutives relève d'un phénomène plus général, dû à l'enchevêtrement des espaces politiques et normatifs et aux dynamiques de circulation des normes entre les différents échelons de pouvoirs. La mobilisation de l'idée de *Policy Laundering* est intéressante en tant que processus impliquant une non transparence de la décision en raison des multiples enceintes et acteurs intervenant dans les procédures d'adoption.

Ainsi au nom des coopérations régionales et/ou internationales définies comme nécessaires, les questions normatives et le respect des procédures législatives ne sont pas considérées comme essentielles face aux présumées gains en efficacité. La célérité des procédures législatives, à travers la mise à l'écart du moins au début des autorités parlementaires et judiciaires produit une reconfiguration des procédures classiques, qui cependant ne marquent pas une suspension à proprement parlé. D'ailleurs, le manque de transparence qui caractérise

---

<sup>33</sup> Voir notamment : Deltombe, Thomas, « Armer les esprits : le business des "experts" à la télévision française », dans Bigo, Didier, Bonelli, Laurent et Deltombe Thomas (dir.), *Au nom du 11 septembre. Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, La Découverte, 2008.

<sup>34</sup> Guiraudon, Virginie, « La coopération transatlantique après le 11 septembre : l'enjeu de la sécurité intérieure », *Critique internationale*, n° 28, 2005, p. 21-35. Egalement Mitsilegas, Valsamis, « Coopération antiterroriste Etats-Unis-Union européenne : l'entente cordiale », dans Bigo, Didier, Bonelli, Laurent et Deltombe Thomas (dir.), *Op. Cit*, 2008.

ces processus est en entière contradiction avec la doctrine juridique de l'exception, dont la transparence constitue une dimension centrale de légitimation de la jurisprudence. La prise en compte de cette absence de transparence permet alors de comprendre une partie des conséquences juridiques en particulier au niveau des contrôles constitutionnels *a posteriori*.

Connaissant une adoption législative d'une rapidité tout à fait extraordinaire, le projet canadien de loi antiterroriste C36 est déposé à la Chambre par le ministère de la Justice le 15 octobre 2001. Suite à l'utilisation de certaines procédures exceptionnelles durant les différentes étapes de lecture au Sénat et au Parlement, le texte reçoit la sanction royale le 18 décembre 2001.

A l'origine, il ne s'agit pas d'une mise à l'écart du pouvoir parlementaire puisque cette célérité a été rendue possible grâce à l'unanimité des partis politiques canadiens. Face aux quelques critiques qui ont néanmoins pu se faire entendre concernant la rapidité de ce processus législatif, le ministère de la Justice s'est défendu en soulignant que les délais fixés par le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans la résolution 1373 adoptée le 28 septembre 2001, était de 90 jours après l'adoption de la résolution. À la différence de la grande liberté souvent prise par les États vis-à-vis des accords internationaux, le gouvernement canadien a, au contraire dans ce cas précis, fortement instrumentalisé ses engagements sur la scène internationale. C'est d'ailleurs toujours au nom du respect de ces délais que le premier rapport du Comité sénatorial spécial sur le projet de loi C 36, pourtant adopté à l'unanimité par le Sénat le 22 novembre, sera écarté par le gouvernement. Ce rapport exprimait de sérieuses réserves quant à la forme définitive du projet, en particulier sur la question du respect des principes généraux du droit. On observe ainsi un phénomène complexe de collaboration / exclusion entre les autorités exécutives et parlementaires qui au final aboutit du moins dans un premier temps à l'adoption des orientations de l'exécutif. Mais comme nous le verrons par la suite pour le Canada, les autorités judiciaires seront amenées ultérieurement à contrôler ces nouvelles règles.

Dans l'espace européen, l'exemple du mandat d'arrêt européen est lui aussi intéressant à plusieurs titres. Sous la pression des attentats du 11 septembre, les gouvernements des États membres négocient et adoptent la décision-cadre du mandat d'arrêt européen (*EAW* pour *European Arrest Warrant*), sans avoir consulté les parlements nationaux et européen. En raison de la volonté politique et diplomatique du Conseil européen et de ses membres, on assiste notamment à une mise à l'écart de la dimension concernant le respect des droits de la défense pourtant prévue par le projet initial de la commission européenne définie à partir de 2000<sup>35</sup>.

Concernant notre sujet, c'est surtout la transposition de la décision cadre européenne dans les législations nationales qui nous offre un point d'observation pertinent. Afin de respecter les délais prévus par la décision européenne, les gouvernements nationaux vont privilégier les procédures expresses quitte à ne pas considérer des étapes législatives fondamentales concernant la validité constitutionnelle des nouveaux éléments judiciaires. Le cas de l'Allemagne est particulièrement exemplaire. Durant l'année 2004, le juge antiterroriste espagnol Baltasar Garzón délivre un EAW afin de demander l'extradition de Mamoun Darkazanli soupçonné de « terrorisme ». Celui-ci, détenu en Allemagne depuis octobre 2004 en vue de son extradition vers l'Espagne, bénéficie de la double nationalité syrienne et allemande. C'est sur la question de sa nationalité allemande et du non respect des

---

<sup>35</sup> Mégie, Antoine, « L'adoption du mandat d'arrêt européen : d'une instrumentalisation de l'agenda politique à une expertise opérationnelle de l'entraide pénale », *Cahiers européens de Sciences Po*, n°5, 2011.

droits fondamentaux, que les avocats de M. Darkazanli décident de saisir la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. L'avis de cette dernière est alors sans appel, puisqu'elle décide que le prévenu doit être libéré et le dispositif du EAW suspendu, estimant que la loi d'application du mandat d'arrêt européen ne garantit pas suffisamment le respect des droits fondamentaux d'un ressortissant allemand au regard des dispositions prévues par la Constitution allemande. Selon les motivations de la Cour allemande, cette décision privant d'effet le nouvel instrument d'extradition se fonde sur le fait que la loi allemande de transposition est contraire aux règles de la constitution nationale<sup>36</sup>.

A l'instar de nombreux pays, la législation allemande interdisait l'extradition de ses nationaux. Dès lors, afin de rendre compatible le plus rapidement possible ce principe avec les dispositions du mandat d'arrêt européen, il a été précisé dans un texte d'application ultérieure que l'extradition est possible vers un état membre de l'UE à condition d'être autorisée par une loi qui respecte les droits fondamentaux des citoyens. La Cour de Karlsruhe a alors considéré que les autorités exécutives allemandes n'avaient pas correctement transposé la décision-cadre européenne, en n'offrant pas aux ressortissants allemands une protection suffisante de leurs droits. Précisant ce dernier point, les juges ont reproché à la loi de transposition de ne pas avoir prévu de recours devant un tribunal allemand, et de ne pas avoir utilisé toutes les marges de manœuvre qui lui auraient permis de garantir les droits fondamentaux des ressortissants allemands. La Cour constitutionnelle allemande, tout en ne remettant pas en cause le mandat d'arrêt européen dans son principe, le rend ainsi inapplicable tant que la loi de transposition n'introduit pas plus de garanties pour les libertés individuelles. Autrement dit, les autorités allemandes ne pourront plus utiliser le mandat d'arrêt européen comme base en vue de l'extradition de ressortissants allemands jusqu'à l'adoption d'une nouvelle loi d'application. Cette loi fut mise en œuvre par l'autorité exécutive suite à l'intervention du pouvoir judiciaire

Enfin, dans le cas des États-Unis on observe une configuration politique complexe mettant en jeu des pouvoirs exécutifs et législatifs désireux à la fois d'affirmer leur position institutionnel tout en montrant aux citoyens étasuniens leur engagement conjoint dans la guerre contre le terrorisme. Dans cette perspective, les actions du Congrès vont ainsi osciller entre soutien et opposition aux décisions et proposition de l'administration. Les changements de majorités au sein des différentes chambres pèsent également de manière non négligeable sur ces multiples prises de positions parfois contradictoires.

Ainsi, si les membres du Congrès soutiennent les orientations initiales de l'administration Bush suite au 11 septembre, et ceci malgré leur mise à l'écart concernant l'adoption des mémorandums relatifs à l'infraction d'« ennemi combattant », les différentes auditions des membres de l'exécutif devant les deux chambres montrent une forte volonté de ne pas laisser tous les pouvoirs à l'exécutif quitte à malmener ses représentants. C'est dans une logique similaire, que l'on peut appréhender les différentes auditions menées par le Congrès auprès des personnes issues des services juridiques de l'administration impliquées dans la construction de la catégorie d'« ennemi combattant »<sup>37</sup>.

Dans le même temps, le congrès américain votera en 2006 le *Detainee Treatment Act* qui permettra à l'exécutif américain d'enlever toutes compétences aux cours fédérales concernant

---

<sup>36</sup> Pour une analyse juridique de cette décision, voir : Geyer, Florian, « The European Arrest Warrant in Germany – Constitutional Mistrust towards the Concept of Mutual Trust, dans Guild, Elspeth (dir.), *Constitutional challenges of the European Arrest Warrant*, Nijmegen, Wolf, 2006, p. 101-124.

<sup>37</sup> Auditions disponibles dans le documentaire de Marie-Monique Robin, intitulé *Torture made in USA*.

la situation des détenus du camp de Guantanamo suite à une décision de la Cour suprême. Au lendemain de l'arrivée au pouvoir de Barack Obama en janvier 2009, et à son projet de fermer le camp de Guantanamo, le Parlement décidera par 212 voix contre 206 d'interdire, jusqu'en 2011, le transfert des prisonniers de Guantanamo devant les tribunaux civils afin de ne pas augmenter les dépenses dans le cadre d'un vaste projet de finance. Par la suite, des élus républicains utiliseront le fait que le premier détenu de Guantanamo jugé par un tribunal civil n'a été reconnu que d'un seul chef d'inculpation parmi une centaine, pour réclamer le retour aux tribunaux militaires moins enclins selon eux à acquitter les prévenus.

Ces exemples nous montrent combien il est essentiel de saisir les configurations institutionnelles et leurs dimensions dynamiques afin de comprendre que l'exécutif n'exerce pas une souveraineté illimitée au sens entendu par Carl Schmitt lorsqu'il construit la doctrine juridique de l'exception. En effet, si les autorités parlementaires et judiciaires ont pu être écartées par le pouvoir exécutif différents cas démontrent que ces institutions interviennent dans le processus de fabrication des normes à certains moments provoquant en cela soit une reformulation des dispositifs judiciaires soit une légitimation *a posteriori*. Ces dialogues qui oscillent entre légitimation, reformulation ou opposition permettent d'aborder de manière renouvelée la question de la souveraineté en mettant l'accent également sur les structures de résistance.

### 3. Une souveraineté encadrée ?

S'intéresser aux effets de reformulation du droit pose en creux la question de la plasticité de ce dernier et du rôle des autorités interprétatives en tant qu'institution plus ou moins autonomes. Nous voulons ainsi comprendre dans quelle mesure ces autorités interprétatives oscillent entre légitimation et reformulation dans une arène où le droit constitue un enjeu de négociation, et peut devenir un instrument de légitimation mais aussi de résistance<sup>38</sup>. Pourtant la prise en compte des éléments de résistances, de l'action des acteurs issus de la société qui participent à la redéfinition des ordres politiques et juridiques est largement absente des théories dominantes de l'Etat d'exception<sup>39</sup>.

Concernant plus spécifiquement la lutte contre le terrorisme, les organisations de défense des droits civiques vont multiplier les prises de positions sur le terrain médiatique et judiciaire. Inscrivant une partie de leur action dans un répertoire d'expertise, des organisations telles que le Center for Constitutional Rights (CCR)<sup>40</sup>, l'American Civil Liberties Union (ACLU)<sup>41</sup>, Human Right Watch, Statewatch et Amnesty International<sup>42</sup> développent des séries d'argumentaires sur le plan juridique afin de contester la validité des législations

---

<sup>38</sup> Israel, Liora, *L'arme du Droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

<sup>39</sup> Huysman, Jeff, *Op. cit.*, 2008.

<sup>40</sup> Créé en 1966 durant les mouvements pour les droits civiques par un collectif d'avocats, le CCR concentre son activité sur les questions de sauvegarde des droits civiques. Son rôle fut très important dans la dénonciation médiatique et juridique du camp de Guantanamo.

<sup>41</sup> Fondée en 1920, l'ACLU est une déclinaison de la National Civil Liberties Bureau créée lors de la Première Guerre mondiale. Comptant plus de 500 000 membres en 2009, l'ACLU se positionne rapidement à la tête du mouvement s'opposant à la doctrine Bush en matière de lutte contre le terrorisme obligeant notamment cette dernière à rendre publiques plus de 100 000 pages de documents relatifs au programme de torture et d'enlèvement secret dit *extraordinary rendition*. Ses représentants seront largement consultés par les commissions d'enquête du Congrès américain.

<sup>42</sup> Ces ONG ont, à la différence des précédentes, investi les questions de la lutte antiterroriste dans le cadre de leurs activités internationales de défense des libertés publiques. Il est à noter que ces associations sont également très présentes à l'échelle européenne *via* la rédaction de nombreux rapports concernant le champ de la sécurité européenne.

antiterroristes nouvellement adoptées. La présence importante de juristes au sein de ces associations qui pour certaines sont d'ailleurs des associations de professionnels du droit (telles que l'Association du Barreau canadien (ABC)<sup>43</sup>), explique l'importance du recours au droit et renvoie à la question plus large des *cause lawyering*<sup>44</sup>. Ainsi, parallèlement à l'interpellation publique des autorités politiques, le travail de ces organisations se matérialise sur le terrain judiciaire notamment aux côtés des personnes soupçonnées à tort ou à raison de terrorisme mais dont les droits fondamentaux apparaissent bafoués. De manière classique, les enceintes judiciaires deviennent de véritables plateformes médiatiques et politiques permettant d'interpeller les autorités tout en sensibilisant les opinions publiques. À titre d'exemple, en janvier 2006 un *Amicus curiae* affirmant que les procédures en œuvre à Guantanamo sont en totale violation avec les règles du droit international humanitaire est introduit auprès de la Cour suprême américaine par le CCR et Amnesty International<sup>45</sup>.

Ces mobilisations militantes sur le terrain du droit ont pour résultats de renforcer la présence des autorités judiciaires de première ou de dernière instance dans le processus de redéfinition des législations nouvellement mises en place. L'adoption politique des normes antiterroristes à la suite du 11 septembre donne lieu à une seconde phase de fabrication du droit caractérisée par un dialogue intense entre les représentants du pouvoir politique et ceux du pouvoir judiciaire. Tout en relayant une partie des critiques développées par les organisations militantes, les autorités judiciaires nationales inscrivent néanmoins leurs interventions dans un répertoire judiciaire classique construit autour du principe revendiqué de neutralité et d'impartialité de la justice. Dans cette configuration, les normes antiterroristes adoptées dans une précipitation politique extrême connaissent une redéfinition plus ou moins importante de leurs contenus en particulier concernant la question du respect des libertés publiques.

Le 10 novembre 2003, soit deux ans après l'ouverture du premier camp de Guantanamo, la Cour suprême des États-Unis décide de se prononcer sur la légalité du statut d'unlawful enemy combatant dans l'affaire *Rasul et al. C. Bush*. Dans son jugement rendu en 2004<sup>46</sup>, si la Cour ne statue pas directement sur la légalité de la nouvelle catégorie juridique, ni sur les procédures qui l'encadrent, elle décide néanmoins d'autoriser les prisonniers à contester leur statut devant les cours fédérales civiles via un droit de recours appelé habeas corpus.

Une telle décision a pour principale conséquence de conduire à la mise en place de « tribunaux d'examen » en charge de décider de la validité du statut d'ennemi combattant, procédure qui se caractérise par l'absence d'un avocat et l'impossibilité pour le prévenu d'avoir accès aux chefs d'accusation retenus contre lui. En 2005, deux décisions prises au niveau fédéral se prononcent de manière contradictoire, l'une jugeant cette procédure inconstitutionnelle, l'autre la légitimant. Face à cette controverse c'est à la Cour suprême de se prononcer une nouvelle fois dans le cas *Hamdan c Rumsfeld*. Le 29 juin 2006 à 5 voix contre 3 cette dernière déclare que l'administration Bush a outrepassé ses prérogatives et se rejette plus largement l'existence des « commissions militaires »<sup>47</sup>. Elle juge ainsi que de

---

<sup>43</sup> Le barreau du Québec ainsi que l'Association du Barreau canadien (ABC) ont multiplié les prises de positions à travers des rapports d'étude et des communiqués de presse afin de s'opposer aux règles instaurées par la Loi C 36.

<sup>44</sup> Austin, Sarah, Scheinglod, Stuart (dir.), *Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities*, Oxford, Oxford University Press, 1998; également : *Politix*, La cause du droit, n°62, 2003.

<sup>45</sup> Disponible à l'adresse (consulté en novembre 2009) : [http://www.fidh.org/IMG/pdf/amicus012006a.pdf].

<sup>46</sup> *Case Rasul et al. C. Bush*, N°03-334, 28 juin 2008. Accessible à l'adresse (consulté en juin 2011) [http://www.globalsecurity.org/security/library/policy/national/03-334.pdf].

<sup>47</sup> *Case Hamdan C. Rumsfeld*, N°5-184, 29 juin 2006.

telles structures et procédures violent à la fois le Code militaire étasunien et les conventions internationales dont la Convention de Genève (notamment son article 3). On assiste ici à un contrôle de constitutionnalité *ex post*.

Anticipant ces décisions des autorités judiciaires, l'administration Bush met en place le *Detainee Treatment Act* dès décembre 2005. Cette Loi qui sera votée par le Sénat et la Chambre des représentants en 2006 a pour résultat d'enlever toutes compétences aux cours fédérales concernant la situation des détenus du camp de Guantanamo. Cette exclusion des autorités judiciaires fédérales s'oppose ainsi directement à la décision de 2004 de la Cour suprême et tend à rendre caduque la procédure d'*habeas corpus*<sup>48</sup>. C'est donc grâce à l'appui du Congrès que l'administration impose sa décision alors même que les premières auditions d'enquêtes concernant les juristes et responsables politiques de la Maison blanche sont engagées afin de remettre en cause une partie des orientations de la guerre contre le terrorisme. Suite à ce premier dialogue d'opposition, la Cour suprême va par ailleurs justifier certaines procédures. Ainsi le 4 avril 2011, la Cour suprême a rejeté trois recours déposés par des détenus de Guantanamo pour protester contre leur détention illimitée. Elle a dans le même temps reporté sa décision concernant le recours déposé par les détenus chinois ouïgours de Guantanamo, arrêtés par erreur en 2001 en Afghanistan et détenus depuis le camp militaire.

Ces exemples nous permettent de comprendre que le contrôle par les autorités judiciaires produit à la fois des résistances et une intégration de certaines mesures dérogoires dans l'ordre juridique. Source de l'hétérogénéité du nouvel ordre juridique en recomposition, ces orientations si elles sont fortement critiquables au niveau éthique ne relèvent pas d'une suspension et d'une mise à l'écart des autorités de contrôle.

Ce dialogue entre autorités judiciaires et autorités politiques se retrouve de manière similaire en Grande-Bretagne. Dans le cas du Royaume-Uni, ce sont les procédures concernant les étrangers soupçonnés de terrorisme qui vont être au cœur des interactions entre champ politique et champ juridique. Dans ce contexte, le gouvernement britannique va devoir faire face à de nombreux jugements remettant en cause la législation reformulée depuis 2001.

En décembre 2003, le Committee of Privy Counsellors, en charge de la révision de l'Anti-terrorism, Crime and Security Act de 2001, demande l'abrogation immédiate des procédures permettant de maintenir des étrangers en détention pour une durée illimitée. Le comité conjoint chargé des droits humains au Parlement britannique opte lui aussi pour une position très critique vis-à-vis de ces dispositifs. En décembre 2004, les Law Lords, c'est-à-dire sept magistrats de la Chambre des Lords, jugent contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme la mesure permettant d'incarcérer de façon illimitée des étrangers suspectés de terrorisme, sans inculpation ni jugement. En août 2004, un arrêt rendu par une cour d'appel britannique affirme que les « preuves » acquises sous la torture peuvent être recevables au Royaume-Uni. Dans cet arrêt, la juridiction rejette le recours de dix ressortissants étrangers maintenus en détention sans avoir été ni inculpés, ni jugés. La deuxième instance du pays motive son jugement en expliquant que seules la transmission ou la participation directe d'agents britanniques aux interrogatoires constituent une cause d'invalidation des preuves obtenues.

---

<sup>48</sup> Sur ce point juridique, voir le mémoire déposé par un ensemble d'ONG auprès de la Cour suprême américaine afin de demander à l'administration Bush de justifier sur le plan juridique les détentions de Guantanamo. Voir également, le rapport d'*Amnesty International, USA: No substitute for habeas corpus: six years without judicial review in Guantánamo*, novembre 2007.

En avril 2008, la cour d'appel britannique refuse l'extradition vers la Jordanie d'un membre d'Al Quaida au motif que les garanties données aux autorités politiques et judiciaires britanniques par le gouvernement jordanien ne suffisaient pas à assurer au prévenu un procès équitable et une protection contre la torture. Il s'agit en l'espèce d'une véritable remise en cause de la stratégie britannique de coopération avec les pays situés hors de l'Union Européenne. Répondant à cette décision, le ministère de l'Intérieur annonce immédiatement qu'il suspend provisoirement les extraditions des autres détenus. Pour autant, le gouvernement britannique confirme sa volonté de continuer ce type de transfert, en contestant la décision de la Cour.

### **Conclusion**

À travers les différents cas politiques et juridiques observés dans l'espace européen et nord américain, nous avons pu interroger de manière empirique une partie des principes définissant le discours contemporain de l'exception. Se constituant à partir d'interprétations diverses, ce discours se confronte à une réalité plus complexe produite par des configurations politiques et juridique antérieures et postérieures aux événements du 11 septembre. L'ordre juridico-politique que nous avons étudié ne se trouve pas suspendu mais connaît une dislocation/recomposition relativement importante.

Au sein de cette réorganisation marquée notamment par l'introduction d'une forte hétérogénéité dans l'ordre juridique, les frontières du droit et du non droit sont mises à l'épreuve mais ne disparaissent pas. Si une telle évolution conduit alors à interroger de manière critique les fondements de la légalité, il est selon nous important de faire une différence entre les pratiques légales et les pratiques illégales utilisées également par les autorités répressives des États dans leur lutte contre les violences politiques. En d'autres termes, il est fondamental de différencier les normes judiciaires adoptées dans le cadre de procédures politiques et institutionnelles légales et les usages illégaux tels que les vols secrets de la CIA dans lesquels les États européens ont pour une grande partie d'entre eux fortement engagés leur responsabilité aux côtés des États-Unis.

### **Bibliographie :**

- Agamben, Giorgio, *Homo Sacer II. Etat d'exception*, Paris, Seuil, 2003.
- Agamben, Giorgio, « L'état d'exception », *Le Monde diplomatique*, décembre, 2002.
- Austin, Sarah, Scheinglod, Stuart (dir.), *Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Balibar, Etienne, « Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes », préface à Carl Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole politique*, Seuil, 2002
- Bigo Didier, Guild Elspeth (dirs.), De Tampere à Séville, vers une ultra gouvernementalisation de la domination transnationale ?, *Cultures et Conflits*, vol. 45, 2002, p 5-25.
- Bigo, Didier, *Police en réseaux*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996.
- Commaille Jacques et Kaluszynski, Martine (dirs.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, Paris, 2007.
- Cesoni, Maria-Luisa (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception : Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruxelles, Bruylant, mars 2007.
- Delmas Marty, Mireille, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.
- Delmas-Marty, Mireille, *Leçon inaugurale au Collège de France, Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, 2003.

- Deltombe, Thomas, « Armer les esprits : le business des "experts" à la télévision française », dans Bigo, Didier, Bonelli, Laurent et Deltombe Thomas (dir.), *Au nom du 11 septembre. Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, La Découverte, 2008.
- Den Boer, Monica (dir.), *Organised Crime: A Catalyst in the Europeanisation of National Police and Prosecution Agencies?* Maastricht, European Institute of Public Administration, 2002.
- Favarel-Garrigues, Gilles, « L'évolution de la lutte anti-blanchiment depuis le 11 septembre 2001 », *Critique internationale*, n° 20, juillet 2003.
- Geyer, Florian, « The European Arrest Warrant in Germany – Constitutional Mistrust towards the Concept of Mutual Trust », dans Guild, Elspeth (dir.), *Constitutional challenges of the European Arrest Warrant*, Nijmegen, Wolf, 2006, p. 101-124.
- Goupy, Marie, « La notion de « criminalisation » de l'ennemi dans la Théorie du partisan de Carl Schmitt », *Revue ASPECTS*, n° 4, 2010, p 35-50.
- Guidicelli-Delage, Geneviève (dir), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Espagne, États-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni*, Mission de Recherche Droit et Justice, Paris, décembre 2003
- Guiraudon, Virginie, « La coopération transatlantique après le 11 septembre : l'enjeu de la sécurité intérieure », *Critique internationale*, n° 28, 2005, p. 21-35.
- Huntington, Samuel, *The clash of civilizations and the remaking of world order*, New York, Simon and Schuster, 1996.
- Huysmans, Jef, « The jargon of exception: on Schmitt, Agamben and the absence of political society », *International Political Sociology*, vol.2: n°2, 2008, p.165-183
- Israel, Liora, *L'arme du Droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.
- Joxe, Alain, « La guerre sans la paix et l'exception à la règle », dans Yan Thomas, François Saint-Bonnet et al, *L'exception dans tous ses états*, Marseille, éd. Parenthèses, 2007, p 69-86.
- Keh, Douglas, Farrell, Graham, « Trafficking Drugs in the Global Village », *Transnational Organized Crime*, vol. 3, n° 2, 1997, p. 90-110.
- Lascoumes Pierre, Lenoël Pierre, Poncela Pierrette, *Les Grandes Phases D'incrimination. Les Mouvements De La Législation Pénale, (1815-1940)*, Gapp - Cnrs - Paris X, Paris, 1992.
- Laniel, Laurent, « La « guerre à la drogue » aux États-Unis après le 11 septembre 2001 », *Diplomatie Magazine*, n°1, 2003, p 27-36.
- Laniel, Laurent, « Drogues et mondialisation : une relation équivoque », *Revue internationale des sciences sociales*, juin 1999, n° 160, p 11-15;
- Leca, Jean, « L'exception en politique », dans Yan Thomas, François Saint-Bonnet et al, *L'exception dans tous ses états*, Marseille, éd. Parenthèses, 2007, p 87-107.
- Linhardt, Dominique et Moreau de Bellaing, Cédric, « Légitime violence ? Enquêtes sur la réalité de l'État démocratique », *Revue française de science politique*, vol. 55/2, 2005, p 269-298.
- Mégie, Antoine « Normes internationales et antiterrorisme : la Loi C-36 », dans Brodeur, Jean-Paul, Lemay-Langlois, Stéphane (dir), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2009.
- Mégie, Antoine, « L'adoption du mandat d'arrêt européen : d'une instrumentalisation de l'agenda politique à une expertise opérationnelle de l'entraide pénale », *Cahiers européens de Sciences Po*, n°5, 2011.
- Mitsilegas, Valsamis, « Coopération antiterroriste Etats-Unis-Union européenne : l'entente cordiale », dans Bigo, Didier, Bonelli, Laurent et Deltombe Thomas (dir.), *Au nom du 11 septembre. Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, La Découverte, 2008.
- Mitsilegas, Valsamis, « Countering the chameleon threat of dirty money. 'Hard' and 'soft' law in the emergence of a global regime against money laundering and terrorist finance », dans Edwards, Adam, Gill, Peter (dir.), *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*, Routledge, 2003, p. 195-211 ;
- Monod, Jean-Claude, *Penser l'ennemi, affronter l'exception*, La découverte, 2006.
- Mourtadan, Nada, « Les tribunaux militaires aux États-Unis : *Inter arma silent leges ?* », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2003, p. 115-147
- Perrin, Jean-Pierre, *Techniques d'interrogatoires à l'usage de la CIA*, Éditions Des Équateurs, Sainte-Marguerite sur Mer, 2009.

- Piazza, Pierre et Ceyhan, Ayshe (dir.), « Identifier et surveiller : les technologies de sécurité », *Cultures et Conflits*, L'Harmattan, Paris, n°64, 2006
- Politix*, La cause du droit, n°62, 2003.
- Saada, Julie, « Les « combattants illégaux », des ennemis du genre humain ? », *Revue ASPECTS*, n° 4, p15-34, 2010.
- Saint-Bonnet, François, *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001.
- Schmitt, Carl, *Théologie politique* I, trad. J-L Schlegel, Gallimard, 1988 (1922)
- Schmitt, Carl, *La notion du politique- Théorie du partisan*, trad. M-L Steinhauser, Flammarion, 1992 (1927/1932).
- Troper, Michel « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », dans Yan Thomas, François Saint-Bonnet *et al*, *L'exception dans tous ses états*, Marseille, éd. Parenthèses, 2007.
- Tuchscherer Emmanuel, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Mots. Langages du politique*, n°73, 2003
- Vaïsse, Justin, Hassner, Pierre, *Washington et le monde : dilemmes d'une superpuissance*, Autrement, 2003.
- Vaucheux Antoine, The Force of a Weak Field: Law and Lawyers in the Government of the European Union (For a Renewed Research Agenda), *International Political Sociology*, vol. 2, no. 2, 2008, 128-144.